

RECITACIONES
DEL DERECHO CIVIL

QUE ESCRIBIO EN LATIN

JUAN GOTTLIEB HEINECCIO,

TRADUCIDAS LIBREMENTE AL CASTELLANO

POR

D. Antonio Maria de Cisneros i Lanuza.

TOMO I.



SEVILLA.
IMPRENTA DE H. DAVILA, LLERA I COMPAÑIA.
1829.

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL ROMANO,

QUE ESCRIBIÓ EN LATIN

JUAN GOTTLIEB HEINECCIO.

TRADUCIDAS LIBREMENTE AL CASTELLANO

por el Lic. D. A. M. de Cisneros y Lanuza.

TOMO I.

SEVILLA.
IMPRENTA DE H. DAVILA, LLERA Y COMPAÑIA.
1829.

El traductor solo reconoce por suyos los ejemplares que lleven su sello i firma al pie de esta nota : los que carezcan de esta formalidad serán tenidos por furtivos , i como tales denunciados ante los correspondientes tribunales, con arreglo á las leyes.

AL DOCTOR

DON MANUEL MARIA DEL MARMOL,

del Claustro i Gremio de la Real Universidad literaria de Sevilla, en los de Sagrada Teolojía i Artes, Catedrático por S. M. de Filosofía de la misma; Capellan de la Santa y Real Capilla de San Fernando; Ecsaminador Sinodal de varias Diócesis; Sócio de Erudicion de otras varias Sociedades del Reino, y actual Ecsaminador de Latinidad en la espresada Real Universidad literaria de Sevilla &c. &c. &c.

No la baja adulacion ni el vil interes me animan á dedicar esta traduccion. ¿A quién mejor pudiera dirijirla que al que ilustró mi entendimiento adornándolo con las verdades, resultado de la fiel observancia de las reglas de lójica? Mi alma sumerjida en la ignorancia, patrimonio de los desgraciados hijos de Adan, aprendió á pensar tan luego como con vuestra instruccion desapareció aquella corteza tosca que la cubria. Me animó al trabajo vuestro ejemplo, pues dedicado continuamente á la enseñanza de la juventud, habeis sacrificado gustoso en

su obsequio, la salud, el reposo i los intereses. Elevado á un grado muy superior á la mayor parte de los hombres, solo conoceis placer comunicando vuestra vasta erudicion á esa tierna juventud que siempre os va rodeando. Los sábios os consultan, i ninguno se atreve á publicar sus tareas, sino despues que ha merecido vuestro voto. El mérito que pueda tener esta obra es todo vuestro, pues os debe su correccion i última mano.

Recibid el homenaje de mi eterna gratitud; permitid que vuestro nombre honre este pequeño trabajo; i ¡ojalá obtenga una parte de ese aprecio que con tan justa razon os tienen los amantes de las letras!

B. L. M. vuestro mas reconocido discípulo.

Antonio María de Cisneros
y Lanuza.

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR.

Nos diferenciamos tanto los hombres en el modo de pensar, como en nuestros rostros: así como no hai dos personas que sean absolutamente parecidas, tampoco ecsisten otras dos que raciocinen de la misma manera. Fundado en este principio, no estrañaré critiquen *mi traduccion*, pues será una precisa consecuencia de nuestros diversos modos de ver las cosas i de juzgarlas, dependiendo esto sin duda de nuestra mísera naturaleza, ó de la obsecacion de nuestro corazon, pues jamas leemos con imparcialidad, sino preocupados. Procede de aquí que las cosas aparecen, no segun son ellas realmente en sí, sino como queremos que sean.

Siendo hombre, i por lo tanto sujeto al error, quizas haré un daño irreparable á la sociedad, presentando *las Recitaciones del Derecho civil, que en latin escribió Heineccio, traducidas libremente al castellano*: mi objeto es mui diverso, pues

solo he procurado ser útil á mis semejantes i á la sociedad en que por suerte he tenido la felicidad de nacer; lógre mis deseos, i me es indiferente toda crítica que hagan de la obra.

He deseado que la juventud con mas facilidad i menos tiempo, pueda penetrarse del espíritu de la lejislacion propia de los romanos, sobre la que está cimentada la nuestra. He cursado las escuelas del Derecho civil: he palpado con mis manos que la mayor parte de los alumnos carecen de los conocimientos necesarios para poder, sin temor de equivocarse, entender la doctrina de los espositores de las leyes del imperio de *Justiniano*, acaso por estar en lengua estraña: si mi juicio es temerario, se verá cuando leida con reflecsion i método esta obra, no produzca los ópimos frutos que me prometo.

Para ello no he omitido trabajo alguno, i la lectura de la obra justificará mi acerto. Las muchas i varias doctrinas que se encuentran en el Prefacio, Proemio, Comentarios i Notas, son el resultado de un profundo estudio, i detenido ecsamen de los autores que con mas tino han trata-

do de la materia que contienen. Presento las leyes de las *Doce Tablas* puestas por el órden que parece mas análogo al objeto á que pertenecen, pues entre la confusion que la antigüedad las ha dejado, ni se encuentran todas, ni menos metodizadas, siendo su hallazgo una de las cosas de que mas me lisonjeo en el árido trabajo que por espacio de algunos años he empleado en la redaccion de la presente obra.

Al fin de cada título se espone con sencillez la conformidad ó desunion que su doctrina tenga con nuestras leyes pátrias; i como el estudio de ellas sea bastante estenso, no se dá sino una lijera idea, remitiéndonos al autor que con mejor órden ha escrito, i que está mandado dar en las clases; por lo que siempre que lo citamos ha de entenderse su correspondencia á la obra titulada *Ilustracion del Derecho Real de España, ordenada por Don Juan Sala*, habiendo tenido á la vista la segunda edicion impresa el año de 1820.

PREFACIO.

Constitucion del Emperador Justiniano, por la que aprueba las Instituciones.

§. 1.° Del uso de las armas y de las leyes.
§. 2.° De las guerras i de las leyes de *Justiniano.*
§. 3.° De la redaccion del *Código* i *Pandectas.*
§. 4.° De la composicion de las *Instituciones.*
§. 5.° Division de las mismas *Instituciones.*
§. 6.° De las cosas que no son tocadas sino superficialmente.
§. 7.° De qué libros han sido sacadas i cuál sea su utilidad.
§. 8.° El Emperador anima á los jóvenes al estudio de la jurisprudencia.

En nombre de Nuestro Señor Jesucristo.

Cesar-Flavio-Justiniano, Emperador de los Alemanes, Godos, Francos, Germanos, Anticos, Alanos, Vándalos, Africanos, Pio, Feliz, Inclito, Triunfador &c Siempre Augusto i Cónsul por la tercera vez. *A la juventud que desea aplicarse al estudio de las leyes.* Salud.

1. La majestad de un príncipe no debe solo brillar por la fuerza de las armas, es nece-

sario ademas sea temible por la autoridad de las leyes, á fin de que el Estado sea bien gobernado en tiempo de paz i en el de guerra: que el Emperador en los combates consiga la victoria de sus enemigos; que reprima con la sabiduría de sus leyes la injusticia de los *calumniadores*, i por último, que se haga tan recomendable por su justicia, como grande por sus victorias i sus triunfos.

2. Hemos llenado esta doble carrera á fuerza de vijilias i trabajos, con el socorro de la divina providencia. Tambien se ha hecho sentir de nuevo el poder de nuestras armas á las naciones bárbaras que hemos conquistado; hemos igualmente vuelto á poner bajo nuestra obediencia, no solo él Africa, sino tambien un gran número de otras provincias que habian estado por mucho tiempo bajo la dominacion de nuestros enemigos. Así pues, todos los pueblos están sometidos, tanto á las leyes que hemos publicado, como á las que hemos recopilado por clases.

3. Despues de haber sacado las constituciones imperiales de la confusion en que estaban, y haberlas puesto en órden, hemos trabajado sobre un número infinito de volúmenes redactados por antiguos jurisconsultos, para reducirlos en uno solo, i nadando, por decirlo así, en un gran océano, hemos, con el socorro del cielo, acabado en poco tiempo una obra intentada inútilmente por muchos.

4. Despues de este feliz suceso, de que somos deudores á Dios, hemos llamado cerca de

Nos á Treboniano, hombre de un raro mérito, gran maestro i ex-cuestor de nuestro palacio, i ex-consul: igualmente á *Teófilo* i *Dorotea*, ambos personas ilustres, i consumados en la ciencia de las leyes: de cada uno de ellos hemos esperimentado su capacidad i profunda erudicion en la jurisprudencia, é igualmente la esactitud i fidelidad en ejecutar nuestras órdenes en muchas ocasiones. Les hemos ordenado especialmente componer bajo nuestra autoridad, i conforme á nuestro pensamiento, estas instituciones, á fin de que sin tener necesidad de antiguos libros que están llenos de mácsimas fuera de uso, podais recibir de la majestad imperial, los primeros principios de la ciencia de las leyes, i que nada escucheis ni leais inútil, sino solamente lo que está en práctica actualmente: en una palabra, á fin de que podais desde luego leer las constituciones de los Emperadores; que no se sabian sino apenas en otro tiempo, despues de cuatro años de estudio. Felices en gozar de estas ventajas, i de tener el honor de obtener de vuestro mismo Emperador el principio i fin del estudio de la jurisprudencia.

5. De aquí es que inmediatamente despues que Treboniano i sus cólegas, distinguidos por su sabiduría i elocuencia, han acabado de juntar todo el derecho antiguo en los cincuenta libros del Dijesto, hemos hecho dividir en cuatro las Instituciones, para que sirvan de elementos i primeros principios de toda la jurisprudencia.

6. Hemos referido en él sucintamen-

te todo lo que era de derecho antiguo, i aquel que despues de haber estado en vigor, cesó de estar en observancia, mas que se ha vuelto á restablecer por medio de nuestra autoridad.

7. Las tres personas esclarecidas, de que acabamos de hablar, habiéndonos presentado estos elementos de la jurisprudencia, que han sacado de todas las instituciones de los antiguos jurisconsultos, principalmente de las de nuestro Cayo, de sus memorias, compilaciones i comentarios, lo hemos leido i aprobado, i le damos la misma autoridad que á nuestras ordenanzas.

8. Recibid, pues, estas leyes con celo, i haceos tan hábiles, que podais esperar hallaros algun dia, despues de haber acabado estos estudios, dignos de participar en el gobierno del imperio de los encargos que os serán confiados.

Dada en Constantinopla el 21 de Noviembre año de 533.

Justiniano Emperador, siempre Augusto,
i Cónsul por tercera vez.

COMENTARIO.

§. 1.° Esplicacion de esta constitucion: porqué empieza desde luego invocando á N. S. J. C.

§. 2.° Esplicacion de sus títulos.

1. De Emperador de los Alemanes, Godos, Francos &c.

2. De César.
3. De Flavio.
4. De Justiniano.
5. De Pio.
6. De Felíz.
7. De Triunfador.
8. De Augusto.

§. 3.° Por qué la dirije á la juventud

§. 4.° Significacion de las voces *Salud* i *Majestad.*

§. 5.° Acepcion en que se toman los vocablos *calumniador*, de que usa en el §. 1.° i *naciones bárbaras* en el §. 2.°

§. 6.° Número de las provincias reconquistadas en el Africa.

§. 7.° A qué llama leyes Justiniano. De qué códigos se valió para formar el que lleva su nombre.

§. 8.° En qué año apareció la compilacion que hizo Treboniano, i de las reformas que sufrió su obra.

§. 9.° Análisis de las voces *Dijesto* i *Pandectas.*

§. 10.° Qué empleos eran los de *Gran-Maestro de palacio.*

§. 11.° Cuáles eran los cargos del *Cuestor.*

§. 12.° Qué se entienda por *Instituciones*: qué por *novelas*: qué por *auténticas.*

§. 13.° Razon en que apoya lo que dice en el §. 6.

§. 14.° ¿Por qué llama á *Cayo nuestro* i

concluye ecsortando á la juventud al estudio de las leyes.

1. Este prefacio es una constitucion del Emperador Justiniano, con la que hace ver de cuántas partes está compuesto el cuerpo del Derecho Romano, i dá á las Instituciones fuerza i autoridad de leyes. Invoca desde luego á N. S. Jesucristo, i en esto sigue la piadosa costumbre de los primeros Emperadores cristianos, que jamás comenzaron cosa alguna de importancia, sino despues de esta invocacion. A su ejemplo se ha acostumbrado principiar los testamentos, i algunos otros documentos, de la misma manera.

2. Justiniano hace aquí la enumeracion de sus nombres, timbres i títulos:

1. De Emperador; término que desde luego significa jeneral del ejército; despues fué consagrado para designar únicamente al que estaba encomendado el gobierno del Imperio: los primeros Césares no se atrevieron á tomar el nombre de Rei, porque desde *Tarquino el Soberbio* se hizo odioso al pueblo romano. *De los Alemanes*, *Godos*, *Francos* &c. Justiniano saca estos timbres de los pueblos que habia subyugado: se atribuye sin razon el de los Francos, pues no habia domado á esta nacion.

2. De *César*. Este título que era propio de la familia de *Julio Cesar*, pasó á todos sus sucesares, i ha llegado á ser sinónimo con el de Emperador; señaló despues tambien al heredero presunto del Imperio, lo mismo que signifi-

ca en el dia el título de *Príncipe de Asturias* en España.

3. De *Flavio*. Este otro nombre que Justiniano se atribuye, era propio de la familia de *Vespasiano*. Sueton pretende no habia sido mui ilustre.

4. De *Justiniano*. Asi se llamaba nuestro Emperador: lo llevaba antes que lo adoptase su tio materno *Justino*.

5. De *Pio*. Antonino, sucesor de *Adriano*, tomó primero este dictado; despues pasó á todos los Emperadores.

6. De *Feliz*. El Emperador *Cómmodo* habia tomado este otro dictado, i la mayor parte de sus sucesores hicieron lo mismo.

7. *Triunfador*. Título que Justiniano toma, á causa de los Persas i Vándalos, á quienes habia vencido.

8. *Augusto*. Este término significa majestad, equivalente á sagrado i divino. Así cuando *Octaviano* fué confirmado por el Senado en el poder absoluto, se le defirió el título de Augusto, para señalar que habia sido elevado al resto de los demas hombres; i como sus sucesores han tomado despues este título de honor, son desde luego *sinónimos* los términos de *Emperador* i *Augusto*. En lo sucesivo el nombre de Augusto, como el de César se le dió al heredero del Imperio, conforme á lo dicho.

3.º Justiniano dirije este prefacio á la juventud, porque se trata aquí de los primeros elementos de la Jurisprudencia, por cuyo estudio es necesario principiar para hacerse capáz de

obtener cargo en la República.

4. Este término *Salud*, es una especie de testimonio de política i benevolencia. Se acostumbró ponerlo al principio de toda ordenanza, i aun hoi dia se usa en las Bulas Pontificias i provisiones ó mandamientos de los Obispos.

El título de *Majestad* no pertenece en su propia significacion, sino solo á Dios: significa el que sobrepuja á todas las cosas en grandeza i superioridad; pero por cuanto los hombres han acostumbrado atribuir á los poderosos de la tierra los títulos mas sublimes, el uso ha introducido que se esprese por el nombre de *Majestad*, aquel carácter de grandeza que hace reverenciar los pueblos á los Soberanos.

Las palabras *imperatoriam majestatem* de que usa el Emperador en esta constitucion, deben tomarse en un sentido alegórico: significan que el imperio de las leyes es tan esencial al gobierno de un Estado, como la fuerza de las armas.

5. La palabra *calumniador* recibe diferentes significaciones; aquí se toma por la de enredador, equivalente á hombre que trata de sorprender con su chismografia la relijion ó justificacion de los jueces.

Los romanos llamaban á todos los otros pueblos, *bárbaros*, i se gloriaban de tener sobre ellos, no solo las ventajas de la fuerza, sino aun tambien las de la política. No esceptuaban mas que á los *Griegos*, de quienes habian adquirido las ciencias i bellas artes, i á quienes tuvieron siempre un cierto respeto, mientras que no pro-

fesaban á los demas otra cosa que aversion i menosprecio.

6. Las provincias que Justiniano dice haber hecho entrar de nuevo en su obediencia, fueron cinco en el África, que habian estado ocupadas por los *Vándalos* 95 años.

7. Justiniano entiende por *leyes* las que ha publicado, las que hizo i las que compiló. En el designio que tenía de poner los libros de Jurisprudencia en un nuevo método, desde el segundo año de su reinado, es decir desde el de 528, dió órden á *Treboniano* i á algunos jurisconsultos, de que escojiesen entre las constituciones de los Emperadores, desde *Adriano* hasta él, los mas útiles títulos, i los pusiesen en mejor órden que el que tenian los tres códigos, que habian sido hechos antes de él; á saber, el *Gregoriano*, el *Hermojiano* i el *Teodosiano*.

8. La compilacion que hizo Treboniano apareció el año de 529 con el nombre de *Código del Emperador Justiniano*: como se encontrasen en él algunos defectos, Justiniano hizo publicar el año de 534 otro intitulado *Codex repetita praelectiones*, es decir, *Código releido, correjido i aumentado*. Antes, queriendo hacer un cuerpo completo del derecho romano, formó una ordenanza el año de 530, intitulada de *conceptione digestorum*, dirijida á Treboniano, por la que le daba facultad para escojer otras personas de las que se distinguian entonces en la ciencia del Derecho, para que en union con ellos compusiese una recoleccion de las mejores decisiones de los jurisconsultos, i que las reasumiesen en 50 libros,

de modo que no se encontrasen en ella ni confusion, ni contrariedad.

9. Esta escelente obra, que no principió hasta el de 530, como queda dicho, se concluyó enteramente el 16 de Diciembre de 533. Fué llamada *Dijesto*, es decir, una compilacion redactada con órden. El nombre de *Pandectas* le fué dado porque contiene decisiones sobre la mayor parte de las cuestiones relativas á jurisprudencia. En efecto, en lengua griega *Pan* significa todo; *Decomi*, encerrar, de aquí *Pandectas, yo encierro todo.* Mas adelante se verá tratado con mayor estension todo lo espuesto en los párrafos anteriores.

10. El cargo de *Gran-Maestro de Palacio* consistia en tener cuidado de la corte i palacio del Príncipe; el que llegaba á obtenerlo, era llamado tambien *Magister officiorum*, equivalente en el dia al dictado de Preboste del Palacio.

11. El empleo de *Cuestor* del Palacio tenia mucha semejanza con el de *Chanciller* de *Francia.* Consistia principalmente en manifestar al Senado la voluntad del Príncipe, i en responder á los memoriales que se presentaban al Emperador, de suerte que los que lo obtenian venian á ser jefes de la justicia, é intérpretes de la voluntad del Emperador. Le llamaban tambien por esta razon, *Quaestor justitiae; legum custos thesaurus famae publicae*, *et armarium legum.*

12. Se entiende por *Instituciones del derecho civil*, los primeros elementos de la jurisprudencia, compuestos por *Treboniano, Doro-*

tea i *Teófilo*; confirmados por Justiniano, dándoles fuerza i vigor de leyes. Esta obra apareció un mes antes de la publicacion del Dijesto; así, pues, las Instituciones fueron publicadas el 21 de Noviembre de 533, y el Dijesto el 21 de Diciembre del mismo año. Cuando vivia Justiniano, el cuerpo del derecho civil se componia de tres partes; á saber, de las Instituciones, del Dijesto i del Código. Este Emperador hizo muchas leyes posteriores al segundo código, en diferentes tiempos, i sobre diversas materias, á medida que las circustancias lo ecsijian: sus últimas constituciones son llamadas *Novelas* como nuevas leyes. La compilacion formada de ellas es llamada AUTÉNTICAS, es decir, que tienen gran utilidad, por cuanto las leyes posteriores derogan á las anteriores. Estas novelas han sido redactadas por un autor anónimo en un solo volúmen, i se cuentan hasta 168 las que en 13 edictos del mismo Justiniano componen la cuarta parte del cuerpo del derecho civil. En el año 1130 un aleman llamado *Itnerio* formó dos sumarios de estas novelas, i las colocó al fin del código, poniendo primero las que derogan á las leyes contenidas en el mismo código, i despues las que suplen ó interpretan á alguna otra. Así se ve la diferencia que hai entre la auténtica i las auténticas, pues que solamente se dice auténtica de las compiladas en las novelas de Justiniano, y las auténticas son las últimas constituciones de este Emperador.

13. Los primeros elementos del derecho se llaman *Instituciones*, término que debe traducir-

se por la palabra *Instituta*, porque el primero es mas propio para dar la verdadera significacacion de la voz latina, de que está tomada, i no indica otra cosa sino las costumbres de un pais, en lugar de que la palabra *Instituta* es lo mismo que *primeros principios de una ciencia.*

14. El Jurisconsulto Cayo, de que se hace mencion, vivió en tiempo del Emperador *Marco Aurelio*; así cuando Justiniano dice *nuestro Cayo*, es porque en su tiempo se leian en las escuelas las instituciones de este jurisconsulto. Concluye el Emperador su prefacio dando á la Instituta fuerza i autoridad de lei, ecsortando al mismo tiempo á los jóvenes se dediquen al estudio de las leyes con ardor, haciéndoles presente las ventajas que por él pueden venirles. Estaba mui en uso semejante ecsortacion entre los romanos.

PROEMIO.

CAPITULO PRIMERO.

Instruccion necesaria para entender bien los Códigos que contienen las leyes del Imperio Romano.

§. 1.º Método en la enseñanza de las Instituciones: órden adoptado en su esplicacion.

§. 2.º Causas que motivaron las compilaciones de las leyes en el cuerpo del Derecho civil.

§. 3.º Trabajo infructuoso de muchos que procuraron, antes de *Justiniano*, hacer la redaccion del Código.

§. 4.º *Julio César* no pudo ser autor de esta obra.

§. 5.º Quién fué *Justiniano*: virtudes i vicios de este Emperador.

§. 6.º Victorias que alcanzó de los enemigos del Estado.

§. 7.º Nombres de los libros de Jurisprudencia que mandó coordinar, i de los que ecsistian antes de él.

§. 8.º Autoridad del Código llamado *Justinianéo*.

§. 9.º Materias contenidas en las *Pandectas ó Dijesto*.

§. 10.º Observaciones acerca del nombre

de este Código: órden que observa: modo de citarse sus leyes.

1. Nos ha parecido útil, formar un libro en el que se contengan los *Elementos del Derecho Romano* (1) interpretados con arreglo á la *Instituta de Justiniano*. Conformes con este pensamiento damos á luz la presente obra, debiendo advertir, que si los que se dedican à este estudio lo emprenden con aplicacion, sin duda en su dia sacarán de nuestro trabajo un abundante fruto (2). Ante todo ha parecido conveniente hacer las siguientes advertencias. Primera. No basta para entender los *Elementos* leerlos, sino tambien es preciso asistir diariamente á la clase en que se esplican, no omitiendo párrafo alguno, i meditarlos profundamente. La obra guarda entre sus partes tal encadenamiento, que si no se comprenden los antecedentes, los posteriores que dimanan de ellos de ningun modo se entenderán. Los que se contenten con leerlos, ó con asistir solo á su esplicacion en las Universidades, serán tan sábios como si nunca hubieran asistido á las clases. Se-

---

(1) *Siempre que hablemos de* Elementos *se entenderán las Recitaciones que publicamos traducidas.*

(2). *Conformándose el* Traductor *en un todo con este modo de pensar, i confiado en los progresos que sin duda harán los alumnos, emprendió estas tareas.* Véase el Prólogo.

gunda. El que no esté suficientemente instruido en el cuerpo del derecho, no se dedique á su estudio, pues muchas veces se citarán leyes dignas por la doctrina que contengan de retenerlas en la memoria. Debe saber á lo menos evacuar las citas, i con este ejercicio se acostumbrará á manejar el Código de las leyes de *Justiniano* (1).

Tercera. Junten á este estudio con preferencia el de *Nuestras antigüedades Romanas* (2). Uniendo los Comentarios de *Arnoldo Vinnio* ó las Prelecciones de *B. Huberi*. Esto supuesto, damos principio al PROEMIO, insinuando antes las fuentes del derecho, i á ejemplo de *Justiniano* veremos los materiales con que compuso su obra.

2. Las causas que impulsaron á *Justiniano* á compilarlas, pueden reducirse á dos: *la inmensa mole del Derecho Romano, i el desgraciado conato de algunos* que intentaron este trabajo antes que él. En efecto, era la mole del derecho tan grande, que casi ninguno quería dedicarse á tan difuso estudio. Los que se consagraban á la ciencia del derecho, debian saber

---

(1) *Como por derecho de España se prohibe alegar en el Foro las leyes con que se gobernaron los romanos, omitimos casi todas las citas, pues basta saber la doctrina, sin necesidad de evacuar aquellas. Encargamos vean las que se hacen refiriéndonos á* Sala.

(2) *Si la presente traduccion es acojida por el público, daremos á luz las Antigüedades Romanas.*

ma romano, i á embrutecerse la República con la inundacion de sus conquistadores, carecía ya el latin de su antigua elegancia. Empero si Julio César hubiera sido el redactor de esta obra, sería en el dia hermosa i erudita; mas no útil i acomodada en la mayor parte á nuestras leyes. Contendria solo el derecho antiguo, i sin disputa alguna el nuevo i el novísimo no se hallaria en ella: careceríamos tambien de los escritos de los mayores Jurisconsultos, PAPINIANO, JULIANO, PAULO, ULPIANO &c. que vivieron mucho despues del Dictador, i elevaron la ciencia de las leyes al mas alto grado de perfeccion. Hubiéramos logrado tener una obra con un lenguaje mui elegante, que no fué posible darle en el siglo 6.º, pero careceríamos de la parte mas principal del derecho, como dejo insinuado, i de los fracmentos de los escritos de los jurisconsultos mas consumados (1).

5. Justiniano, autor sin duda de esta obra que será eterna, fué de oríjen oscuro, de nacion ilírico, sobrino del Emperador *Justino* que, segun opinan los autores, en su juventud estuvo guardando cerdos. Muerto Justino, su sobrino fué elevado á la alta dignidad de Emperador, habiendo antes pasado por todos los grados de

---

(1) *Hotomani se opone á esta doctrina en su obra titulada* Anti-Treboniano, *i el célebre Tomasi en su libro* Señales de la Jurisprudencia antes de Justiniano. *esmerándose ambos autores en tratar mal la obra de Justiniano.*

la milicia, adoptado por su tio materno, i nombrado por su compañero en el imperio. Superó en gloria i felicidad á todos los reyes sus antecesores, á quien alaban con razon, tanto los antiguos, como los modernos escritores; estos lo ensalsan hasta las nubes, i aquellos lo pintan como el modelo de los príncipes sábios i cristianos, i mui adicto al Romano Pontífice.

6. No fué menos sábio en tiempo de paz que lo habia sido en el de guerra. Comenzó su reinado en la época en que á pasos ajigantados caminaba el imperio á la barbarie, i á su destruccion §. 4.º *Proem.* Los Godos poseian una gran parte del imperio como era la Italia, España i Francia. Los Vándalos ocupaban el África; i al Oriente amenazaban los Persas. Justiniano resiste á todos. Venció i destruyó á estos últimos; reconquistó otra vez el África, dando gracias á Dios de sus victorias: la misma Italia recibió la libertad de Justiniano arrojando á los Godos de toda ella. §. 2. *del Pref.* 2.º i 6.º *del Com.*

Si se miran las victorias conseguidas en su reinado, el África conquistada, como queda dicho, disipada del todo la sedicion suscitada contra él por los sobrinos de *Anastasio*; los Godos vencidos i sujetos en la Italia; los Persas subyugados; los Vándalos i Samaritanos enteramente derrotados, nos parecerá Justiniano un nuevo Augusto que restableció el Imperio á su esplendor antiguo. Si se atiende á su política i sábio gobierno en tiempo de paz, iguala su gloria á un *Antonino Pio*, ó á un *Marco Aurelio;*

dando leyes á su pueblo eclipsa la fama de los primeros Reyes de Roma.

7. En lugar de descansar de las fatigas sufridas en la guerra, se entrega á otro nuevo trabajo no menos incómodo que aquellas, redactando las leyes que estaban dispersas por innumerables volúmenes, en uno solo. El primer libro que mandó formar, fué el llamado Código Justinianéo dado á luz á principio del año de 529. Llamaban *Código* á todo libro cuadrado, principalmente se le dada este nombre á los libros de las constituciones de los príncipes. De esta clase ecsistian ya tres antes de Justiniano: el Código Gregoriano, el Hermojeniano i el Teodosiano. Los dos primeros fueron obra de dos jurisconsultos, *Gregorio* i *Hermojeno*, que vivieron á mediados del cuarto siglo. El *Código Gregoriano* contenia las constituciones de los Emperadores desde Adriano hasta Constantino; i el *Hermojeniano* no era mas que una adiccion al primero, i contenía las constituciones de *Dioclesiano* i *Macsiminiano*. De estos dos Códigos no se conservan mas que algunos fracmentos (1).

---

(1) *Antes de Gregorio i Hermojeno varios jurisconsultos habian ya hecho colecciones semejantes.* Papirio Justo *habia reunido todos los rescriptos de los* Divi-fratres, Arcadio i Honorio. Dositea, *los rescriptos de* Adriano. Ulpiano, *en su libro* de officio proconsulis *recojió todas las ordenanzas que habian publicado contra los cristianos;* i Julio Paulo *habia reunido los de-*

El *Teodosiano* fué de mayor utilidad que los anteriores. El Emperador Teodosio el jóven, de quien tomó el título, con la ayuda de muchos jurisconsultos, á cuya cabeza estaba *Antioco*, ex-consul i ex-prefecto del Pretorio, hizo una recoleccion de los edictos de los Emperadores, uniendo á ella algunos rescriptos, i los publicó en 438, con el nombre de *Código*, para el Imperio del Oriente. Su yerno, *Valentiniano* 3.°, lo adoptó para el Occidente. Este Código contenía las constituciones de los Emperadores desde *Constantino*; se componía de 16 libros cada uno, dividido en varios títulos. Se conservan aun de él algunos trozos (1). De todos estos

---

cretos imperiales en un libro cuyo título era Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatorum libri VI. *Los fracmentos que se conservan de estos Códigos, los reunió en un volúmen* Antonio Schultingi, *en su obra titulada:* Jurisprudencia antigua antes de Justiniano.

(1) *Debemos á Jacobo Gotofredo una edicion del* Código Teodosiano, *enriquecida con mui buenos comentarios. No fué dada á luz sino despues de su muerte, por* Antonio Marmill, *en 6 tomos en folio en Leon de Francia el año de 1665; poco despues fué retocada de variantes i de muchas adiciones por* Juan Daniel Ritter, *impresa en Leipsik en 1736 i 1745. La mas nueva edicion de este Código se encuentra en el* Derecho civil Antejustiniano, *Berlin 1815 en* 8.° Mr. Closius, *profesor en Tubing, publicó mu-*

Códigos mandó formar uno breve *Justiniano*, siendo director principal el sábio jurisconsulto *Treboniano*, el mas grande de su tiempo, i empleado en el palacio réjio; mas por desgracia, jentil i enemigo de nuestra Relijion §. 4.° *del Pref.* Justiniano mandó se le pusiese su nombre, por lo que es llamado *Código Justinianéo.* §. 7.° i 8.° *Com.*

8. La autoridad que tenga este Código será ninguna, pues hace muchos siglos desapareció; tambien lo abolió el mismo Justiniano, por las razones que apuntaremos. En verdad que se conserva el Código llamado *Cuerpo del derecho civil*, ó *Corpus juris civiles*, pero este no es el Justinianeo, sino las *Prelecciones Repetidas*, que le es posterior en algunos años. Siempre que en la Instituta se cita el Código, es referente esta, no al moderno que conservamos, sino al antiguo perdido.

9. En las *Pandectas ó Dijesto* invirtieron sus autores tres años, por lo que no fué publicado hasta el de 533. Sobre ellas han de hacerse las siguientes observaciones. Las *Pandectas* son un libro en que se contienen las interpretaciones de los jurisconsultos antiguos. A la ma-

---

chas constituciones sin alterarlas de los cinco primeros libros del Código Teodosiano, que encontró en la Biblioteca Ambrosiana de Milan. Esta coleccion es intitulada Theodosiani Códicis gemini fragmenta ex membranis bibliotecæ Ambrosianæ Medictanensis. 1824.

nera que el Código constaba de las constituciones de los Emperadores, así las *Pandectas* estan compuestas de los fracmentos de Juliano, Papiniano, Ulpiano, Pablo, Modestino i otros jurisconsultos que interpretaron las leyes i el derecho: contienen estos fracmentos fuerza de lei, no porque fueron escritos por jurisconsultos, pues estos no tienen potestad lejislativa, sino porque Justiniano se la dió, i desde entonces empezaron á recibirse en el foro (1).

10. Ha de notarse. 1.° Que se llaman *Pandectas* de dos voces griegas de que se compone el vocablo, equivalentes en nuestro castellano á *yo encierro todo.* §. 9.° *del Com.* En efecto, todas las disputas i decisiones lejítimas las contiene. Se llama tambien *Dijesto*, porque en las Pandectas no estan todas las materias promiscuas i sin órden, sino dispuestas con arreglo i método, divididas en títulos. Dijesto sale del verbo latino *digero, is, digessi, estum*, que significa ordenar, disponer en órden. Ambos vocablos, tanto por autores como por jurisconsultos, fue familiar, pues mucho antes de Justiniano escribieron pandectas i dijestos *Juliano, Ulpiano, Celso, Paulo* i otros varios autores.

---

(1) *La ley* 2. §. 10. C. de Vet. jur. Enucl. *En ellas dice Justiniano*: á todos estos fracmentos concedemos autoridad, de suerte que todo lo que se halle aquí escrito, aparezca nuestro i compuesto por nuestra voluntad. §. 8.° *i* 9.° *del Com.*

Aunque lo usamos con el artículo femenino, su verdadero jénero es el masculino, como se lo damos diciendo el Dijesto.

2.º Que aunque las leyes de las Pandectas están tomadas de diversos autores, con todo, entre sí se enlazan de tal modo, que muchas veces el sentido siguiente se suple del antecedente, como por ejemplo, las leyes 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 i 25 *ff. de Procurat.* no tendrian algun sentido, sino se les une la última palabra ú oracion de la ley 17 á quien hacen relacion.

3.º Que las Pandectas se citan poniendo primero el número de la lei, despues el del párrafo, i por último dos *ff.* ó *D.* signo de las Pandectas, concluyendo con el del título: v. g. Lei 4 §. 2. *ff. t.* 3.º De aquí el estudioso debe procurar adquirir en su casa un gran uso en el órden de las citas, pues de lo contrario le será fastidiosísimo cuando se vea precisado á evacuarlas. §. 1. *del cap.* 1.º *prom.*

CAPITULO II.

Opiniones diversas entre los Jurisconsultos Romanos. Otros varios Códigos de leyes.

§. 1.º Orijen de las sectas de los jurisconsultos, llamados PROCULEYANOS i SABINIANOS, CASIANOS i PEGASIANOS.

§. 2.º Leyes decisorias establecidas por Justiniano.

§. 3.º Caracteres para conocerlas.

§. 1. Desde el tiempo de Augusto florecian ya dos jurisconsultos mui célebres en aquella época. Uno se llamada *Antistio Labeo*, i el otro *Ateyo Capito*. El primero era bastante afecto á la causa de la libertad, por lo que Augusto, aun cuando lo honraba consultando con él, jamás pudo atraerlo á su partido, quedando perjudicado en sus intereses. Por el contrario, *Ateyo Capito* era un vil adulador de Agusto, i por consecuencia ciego partidario suyo. Estos dos jurisconsultos disentian tanto en la interpretacion del derecho, como en sus opiniones. El principal discípulo de Capito era *Masurio Sabino*, i de Labeo, *Próculo*. Habiendo estos propagado la doctrina de sus maestros, formaron dos partidos; uno se llamó de los *Sabinianos*, i el otro de los *Proculeyanos*. A Sabino siguió en un todo *C. Cassio Lonjino*, á Próculo, *Peguso*, de quienes estas sectas tomaron nuevos nombres: los que seguian á Cassio se llamaron *Cassianos*;

i los que á Pegaso *Pegasianos*. Todos estos disentian en muchos capítulos de bastante entidad.

2. Siendo tan ambiguas é inciertas las interpretaciones que estos jurisconsultos daban á las leyes, como aparentes i falsas sus razones, Justiniano dió leyes *decisorias*, con las que estinguió aquellos partidos, i sin diferencia de sectas aprobó las leyes que le parecieron mas justas i adecuadas á su modo de pensar, i al objeto que se habia propuesto en la formacion del cuerpo del derecho. Se llamaron *Decisiones Justinidnicas*, porque bajo sus benéficos influjos fueron escritas. El principal autor de ellas fue Treboniano, atribuyéndose á sí propio esta gloria en el §. 3.° de la *Instituta*, tratado de los *Libertinos*.

3. Estas leyes se publicaron aparte: mas en el dia ecsisten solo dispersas en diferentes títulos del Código llamado *de Repetitæ Prælectionis*. Para conocerlas tenemos dos reglitas. Primera. Que todas estan dadas en el consulado de *Lampadio i Orestes*, ó dos años despues del consulado de estos. Segunda. Que con ellas se deciden todas las controversias: por ejemplo, Lei 12. c. de Usuf. ó la L. 24. c. de Legat. (1)

---

(1) *Ha hecho* Manuel Merilio *una coleccion de ellas, ilustrándolas con comentarios bastante estensos, i se imprimió con algunas otras obras del mismo autor en Nápoles. Ecsisten tambien comentarios, aunque imperfectos, de estas Decisiones en Juan Strauchio, jurisconsulto mui erudito.*

4. En este mismo tiempo se escribieron las *Instituciones*, que ocupan el primer lugar en el cuerpo del derecho. Sus autores fueron tres jurisconsultos *Treboniano*, *Teófilo i Dorotéa* §. 4. *del Pref. i* 12. *del Com.*, sin que hicieran mas que entresacar de los diversos trozos de Ulpiano, Florentino, Cayo i otros jurisconsultos, lo que les pareció mas útil. §. 5, 6 i 7. *Pref.* Fueron publicadas las Instituciones i dadas á luz el año de 533, i recibieron su autoridad en union de las Pandectas. §. 1 i 12. *Com.* Aunque el principal fin con que se compusieron, fue para que los jóvenes de las tres academias *Romana*, *Constantinopolitana i Beritensa*, empapasen su alma en las ideas del derecho contenidas en estos elementos, recibieron no obstante una autoridad igual á la que tenian las Constituciones de los Príncipes. §. 7. *del Pref.* (1)

5. Así como en las Pandectas i en el Código se citan sus leyes por el número que las corresponde, segun se esplicó en el §. 10 *Proc. artículo* 3.°; asímismo las contenidas en la Instituta se alegan por párrafos, de manera que, puesto el número

---

(1) *Teófilo, que compuso la* Institnta *juntamente con Treboniano i Dorotéa, ilustró á la misma con parafrases en griego, como ecsisten actualmente, i son utilísimas á los que se quieran dedicar con ardor al estudio del derecho, pues podrán, leyéndolas solamente, entender con facilidad el sentido de la* Inst. *La última edicion está en 4.°, su autor Cárlos Hannibal Fabreti.*

de él, se añade despues una *i*, ó esta frase *Inst.* signo que espresa la voz Instituta; i en seguida se le pone el título á que corresponde: v. g. *Inst.* §. 3. *t. de Actionibus*, ó §. 2. *Inst.tit. de Nuptis.*

6. Justiniano pudo superar todos los obstáculos que se le opusieron á su trabajo, i con ayuda de los jurisconsultos mas célebres de su tiempo, publicó el Código, Pandectas é Instituta. Empero concluidas estas obras, apareció en seguida el Código Justinianéo nuevo, contrario en muchos capítulos á las Pandectas ó Dijesto. Fué el caso, segun se presume, que Justiniano observó que el Código publicado en 529, que es el viejo §. 7. *c.* 1. *Proem.*, tenia muchas imperfecciones i defectos considerables. Sintió la absoluta necesidad que habia de reunir 50 decisiones, i muchas nuevas constituciones que habia publicado ínterin se trabajaba en las Pandectas. De aquí es que en el año de 534 dió orden á Treboniano revisase el Código, con otros cuatro jurisconsultos, Dorotéa, Menna, Constantino i Juan; le añadiese las nuevas constituciones, i lo que les pareciese mejor, tanto del Dijesto como de la Instituta. Se finalizó el trabajo en el mismo año en que se mandó hacer, i la nueva edicion del Código *Repetita prælect.* fué confirmada el 16 de Noviembre de 537, abrogando Justiniano al mismo tiempo el antiguo Código.

7. Publicóse este despues de las Instituciones, como dejamos dicho, en el citado año, no conteniendo sino las Constituciones de los Emperadores desde Adriano hasta Constantino,

que son propiamente la mayor parte de ellas rescriptos; pero las de Constantino hasta Justiniano son edictos ó leyes (1). Está dividido, como el antiguo, en doce libros, que se subdividen en títulos, poniéndose en cada uno, segun el órden de sus materias, las constituciones que les son referentes. Se cita el Código lo mismo que las Pandectas; primero se pone el número de la lei, despues el del párrafo; se le añade una *C.* signo del Código, i despues el epígrafe del título: v. g. *L.* 42. §. 9. *C. de Episc. et Cleric.* El órden de las materias es casi el mismo en el Código que en el Digesto, fuera de que en el Código se ponen ademas las Constituciones que tratan de la SANTÍSIMA TRINIDAD, de las iglesias, herejes i obispos, siguiendo despues el derecho público. Lo que tiene de particular es, que tambien se citan algunas leyes, poniéndose despues del párrafo i título del capítulo á que pertenecen el número del libro i el del título: v. g. *L.* 1. §. 2. *C. de fundis et saltibus rei dominicæ* lib. 11. tít. 66.

8. Perfecto ya el cuerpo del derecho, sancionó Justiniano muchas leyes nuevas, arregladas á las costumbres de su tiempo, por lo que poco á poco salieron multitud de constituciones, que llamaron *Novelas*. La mayor parte de estas estaba escrita en griego, pues la lengua latina en el im-

---

(1) Se verá mas adelante en el libro 1.° tít. 2.° las diferencias notables que hai entre rescriptos, edictos, decretos etc.

perio del Oriente habia decaido algun tanto. Sin embargo, muchas salieron en latin, i se conservan tres ediciones totalmente diversas de ellas: la primera es de *Scrimgeros Escoto* con el testo en griego, que entresacó de varios autores. Segunda, la de *Juliano*, hecha la version en latin en estilo culto. Este Juliano fué patricio, i vivió poco despues de la muerte de Justiniano. La tercera, en lengua vulgar, está compuesta en un estilo bárbaro, con palabras oscuras, i se ignora su autor. Aunque las dos primeras estan correctas i en estilo elegante, solo la tercera está recibida en el foro, de s erte que, aunque no espresa la intencion de Justiniano, tenia, en el tiempo que rejian sus Códigos, autoridad legal. No se puede negar, á pesar de lo espuesto, que traen una insigne utilidad las demas ediciones para entender rectamente el sentido de las Novelas. Estas suelen alegarse de modo que solo el número i el capítulo se espresan: v. g. *Novela* 127. c. 1.

9. Estos fueron los libros que se redactaron bajo los auspicios de Justiniano. Sin embargo, en el cuerpo del derecho se encuentran varias cosas que no deben á este Príncipe su orígen, como son las *Auténticas*, pues los glosadores, procurando entender bien el Código *repetitæ prælectionis*, intercalaron en las constituciones las nuevas ordenanzas, i particularmente las Novelas que mudaban ó modificaban el derecho establecido antes de ellas, i pusieron en el Código sus estractos, á que llamaron *auténtica*; de suerte que, incorporándolas en el Código en forma de

glosa, á primera vista aparece qué leyes abrogan, cual sea el derecho últimamente establecido. §. 12. *del Com. al fin.* Por ejemplo, tenemos la lei 13. *C. de S. S. ecclesiis,* que manda que todos los que entren en algun monasterio puedan hacer testamento; en las Auténticas se advierte está esto mudado por la *Novela* 5. i la 123.; i este escollo es al que propiamente se llama *Auténtica.*

Su autor, segun insinuamos en el párrafo citado, fué *Itnerio,* jurisconsulto bononiense, que en el siglo 12 fue el primero que puso de nuevo en uso la jurisprudencia. Suelen alegarse las Auténticas; de forma que despues de la frase *Auth.* se pone el epígrafe de la materia á que corresponde; en seguida se añade la letra inicial *C,* símbolo del Código, el título á que corresponde, i muchas veces el número de la lei i del título: v. g. *Auth. ingressi monasteria. C. de SS. Ecclesiis,* ó *Auth. habita. C. ne filius pro patre. l. 4. tit. 13.*

10. Se encuentran tambien en el cuerpo del derecho los *libros de los feudos,* que no pertenecen al Derecho Romano, pues estos no tuvieron feudos, sino los alemanes los inventaron, aunque despues se adoptaron en casi toda la Europa. Los autores de estos libros, que florecieron en el siglo 12, fueron *Gerardo Nigro* i *Alberto Ab Orto,* jurisconsultos mediolanenses, los que pusieron de su propia autoridad por escrito las costumbres feudales de su tiempo. Resucitando de nuevo el gusto del estudio en Bolonia, el jurisconsulto Hugolino, unió estos libros, ó sea

tratado de los Feudos, al cuerpo del derecho, como apéndice de las Novelas. Sucedió con esto que, habiendo sido recibido en todas partes en el foro el Código de Justiniano, con lo demas propio de la legislacion romana en el tiempo del Emperador, lo fué igualmente el derecho feudal comun, decidiéndose por él las controversias feudales, á falta de costumbre, lei ó estatuto. Suele citarse el libro de los Feudos; de modo que, puesto el número del libro, se sigue la letra *F*, añadiéndose por último el número del capítulo, i algunas veces tambien el párrafo: v. g. 2.° *F.* 24. §. 2.°

CAPITULO III.

Autoridad del Código de Justiniano, i demas libros que tratan de las leyes romanas.

§. 1.° Quién tenga autoridad para dictar ó establecer leyes. A quiénes obliga.

§. 2.° Autoridad de los *Códigos*, que bajo diversos nombres tuvieron los *Romanos*: órden que ha de observarse en el foro para alegarlos.

§. 3.° Cuando la lei contenida en la Instituta es contraria á las de las Partidas, ¿cuál de las dos ha de rejir?

§. 4.° Autoridad de las *Auténticas*.

§. 5.° Novelas del Emperador *Leon*.

§. 6.º ¿Qué fuerza tengan las leyes del Imperio Romano?

§. 7.º Práctica de España.

1. En este capítulo, segun manifiesta su epígrafe, se trata de la autoridad, tanto del Código de Justiniano, como de los demas libros que contienen las leyes del Imperio de los Césares. Fácilmente se entenderá si se observan las siguientes reglas. Primera. *La lei posterior deroga á la anterior en cuanto le es contraria.* La lei es la voluntad del sumo imperante; de consiguiente su última voluntad puede ser contraria á la que tuvo con anterioridad. Segunda. *Los particulares no establecen leyes.* El particular puede interpretarlas, dar consejos, juzgar segun lo establecido; mas carece de facultad para dictar leyes, pues esta es solo del Soberano, potestad innegable, i que no puede prescribirse. Tercera. *Las leyes solo obligan á los súbditos del Monarca que las establece, mas no á los de otra nacion.* Es la lei un decreto del Soberano, i ninguno lo es sino de los súbditos de su imperio.

2. Con estas reglas, que son otros tantos acciomas, con una sola ojeada podemos ver con claridad, igual á la meridiana, cuanta sea la autoridad de estos libros i cuerpo del derecho. Derogando, segun la regla primera, la lei posterior á la anterior, se sigue: 1.º Que el Código *Hermojeniano* i el *Gregoriano*, de los que ecsisten fracmentos en el dia, §. 7.º *t.* 1.º *de este Proem.*, como igualmente el *Teodosiano*, no son de alguna autoridad: estos se escribieron

antes de Justiniano; luego á estos derogó el *Justinianéo*. Solo podrán servir estos códigos para interpretar las leyes, mas no para alegarlas en el foro, aun cuando ecsistan íntegras, como las del nuevo Código. Ademas es reo de falso crímen el que alegue lei alguna de las contenidas en apuellos libros antiguos, para decidir por ella las causas (1). 2.° Que las Novelas derogan á todo lo constituido en la Instituta, Pandectas i Código, en cuanto sea contrario. pues vemos en el §. 12. *del Com.* i en el §. 8. *del cap.* 2.° *del Proem.*, que son posteriores á todos estos libros; i segun la regla primera del §. que antecede, la lei posterior deroga á la anterior. 3.° Que el Código nuevo deroga á la Instituta i Pandectas, porque estas son posteriores á aquel. De aquí en las Pandectas tenemos la lei 79. *de adquir. vel omitt. her.*, que ordena que en los bienes adventicios de los hijos tiene el padre pleno dominio; i en el título del *C. de bonis maternis, et de bonis, quæ liberi*, se les adjudica estos bienes á los hijos, á cuya decision debemos estar.

5. De estos antecedentes se deduce que las Instituciones i Pandectas, por orden de Justiniano, no se derogan la una á la otra; pues ambos libros mandó el Emperador se observasen. Habia ordenado espresamente se formaran de modo que no discrepasen entre sí en cosa alguna. Mas aunque Treboniano i sus compañeros aseguran no hai en ellas anfibolojías, de hecho se advierten; en este caso se pregunta

---

(1). *L.* 2. §. 19. *C. de Vet. Jur. Enucl.*

¿cuál de las dos es la que rije? Para responder con certeza, téngase presente estas otras dos reglas. Primera. *Que las Instituciones ceden á las Pandectas, pues atendiendo al órden con que se escribieron, tienen mas autoridad.* Vemos en el §. 4. c. 2. *de este Proem.* que la Instituta fue sacada de las Pandectas, para que los jóvenes tuviesen unos elementos por donde principiaran el estudio de la jurisprudencia: siempre se ha tenido por de mas autoridad el original que la copia; i siendo la Instituta copia de las Pandectas, estas deben de obtener el primer lugar. Ilustraremos esto con un ejemplo: en el §. 25. *Inst. de R. D.* se dice que la especificacion es, si alguno hiciere de espigas ajenas trigo; i en la *L.* 7. §. 7. *ff. de adquir. rer. dom*, se asegura que esto no es especificacion; por lo que, segun esta regla, las Pandectas obtienen mas fe. Segunda. *Que las Pandectas cederán á la Instituta, siempre que aparezcan novaciones en esta:* la lei posterior deroga á la anterior; por lo que, si es cierto que Justiniano quiso en la Instituta mudar algunas cosas de las contenidas en las Pandectas, ha de preferirse sin duda la posterior, como ulterior voluntad del Emperador: v. g. en la *L.* 9 *i* 11. *ff. de manum. vindicta*, leemos no puede el menor de 20 años manumitir á ninguno de sus esclavos, á no ser por el modo llamado *vindicta*, esponiendo i probando la causa que lo impulsaba á ello; mas en el §. 7 *Inst. quibus ex causis manum. non licet*. se permite á los adolescentes de 17 años puedan manumitir libremente: sin duda debe prevalecer en este caso el dere-

cho contenido en la Instituta, pues se advierte mui bien que Justiniano abolió el derecho antiguo puesto en las Pandectas, innovándolo en aquellas.

3. Todo lo dicho es referente á la primera regla espresa en el §. 1.º de este capítulo. Observémos lo dispuesto acerca de la segunda, que conforme insinuamos era *que el privado ó el particular no puede establecer leyes.* De aquí fácilmente se manifiesta qué autoridad puedan tener las *Auténticas;* pues se dijo fueron de composicion privada. §. 12. *del Com.* i §. 9. *del cap.* 2.º *del Proem.* Empero, por cuanto estan sacadas de las Novelas i de algunos principios de las Constituciones, ninguno ha dudado dejen de tener autoridad. Estan las Auténticas sujetas i ceñidas á esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes, sino en cuanto convienen con las Novelas, de donde fueron sacadas.* Se suscita otra cuestion, i es: si las Auténticas convienen siempre con las Novelas. Muchos aseguran no conforman con ellas (1). Otros defienden (2) con sumo conato al compilador de las Auténticas. El autor, que hace con tanto acaloramiento la defensa de Itnerio, sin duda estaba demasiado apasionado de este escritor, que co-

---

(1) *Los célebres jurisconsultos Ge. Rittershüs* in Promulfide errorum Itner. *Juan Jacobo Wissenbach* in sylloge errorum Itner. in Authent.

(2) *El jurisconsulto Alejandro* Arn. *Pagenstacher* in Itnerio injuria vapulante.

mo jurisconsulto aun joven, i como hombre sujeto al error, cometió algunos, dando con bastante frecuencia á varias cosas contenidas en las Novelas diverso sentido, por lo que en todas estas no son de alguna autoridad.

5. Con respecto á la última regla puede decirse sin temor de equivocacion, ciñéndonos á su literal sentido, que las *Novelas de Leon* no tienen autoridad alguna. Varios jurisconsultos (1) prueban con diferentes razones la falta de autoridad de estas Novelas. La que dan de que Leon habia reinado despues del Emperador Carlos Magno, época en que las leyes no obligaban á los occidentales, pues estaba dividido el imperio, i solo obligarían á los súbditos de este Emperador en el Oriente, es insuficiente; porque las leyes de Justiniano, que vivió antes de Carlos Magno, no menos obligaron á los orientales, que á los occidentales. La verdadera razon es esta: el derecho romano vale en cuanto está recibido; se adoptó el cuerpo del derecho de Justiniano, al que no pertenecian las Novelas de Leon el *Sábio*, en el siglo 13, época en que empezó de nuevo á florecer el estudio de las leyes, i sobre todo el de las de Justiniano (2), aun no

---

(1) *Domingo Pagenstecherus* in Admonit. ad ff. *parte primera página* 21.

(1) *Poco antes que en Francia entrára á reinar la tercera dinastia de sus reyes, estaban ya perdidos tanto el Código Teodosiano, como los demas libros de Justiniano que formaban la le-*

conociéndose las Novelas de Leon, que no aparecieron hasta el siglo 15. Aun cuando en muchas ediciones modernas del cuerpo del derecho estan unidas estas Novelas, sin embargo su autoridad es ninguna, por la razon insinuada.

---

jislacion romana en su última época, i que se habia observado casi en toda la Europa hasta entonces. Perdidas estas obras, dejó de observarse, i quedó enteramente en olvido el derecho romano.

En el saqueo de la ciudad de Almafi, *cuando fué vencido Rojero, precisado á reconocer al papa Inocencio II., i á someterse al emperador Lotario, encontraron algunos soldados, entre los muebles de una casa que entraron á saquear, un libro todo cubierto de polvo, muestra nada equívoca de que habia mucho tiempo que estaba allí olvidado, i atrajo su atencion la cubierta, que manifestó estar pintada con muchos colores. Le sacudieron un poco; se ecsaminó el libro, i se vió contenia nada menos que las* Pandectas *de Justiniano. Créese fueron llevadas á Almafi por alguno de este pais amante de las letras, el cual viajando á la Grecia para instruirse de sus costumbres, usos i leyes, encontró este manuscrito, i se lo llevaría por curiosidad á su patria, cosa muy conforme con el jenio de los habitantes de aquella ciudad i provincia, pues se han hecho célebres por muchos establecimientos i descubrimientos utilísimos. Entre ellos empezó la órden de Malta el año de 1020, i por un habitante de aquella ciudad llamado* Juan Golla ó Juan Cavio

A esta misma regla está sujeta la duda suscitada sobre la autoridad que tengan todas las leyes recopiladas por Justiniano en nuestra España. Desde un principio fue ninguna, pues solo deben obligar las leyes á los súbditos del soberano que las establece, i desde antes de Justiniano ya España estaba segregada del imperio, por lo que tanto valen estas leyes para nosotros, como las que establece el Gran Señor en Constantinopla. De la historia aparece que los alemanes, franceses, españoles, portugueses i otras varias naciones desde mucho antes de Justiniano tenian sus leyes diversas de las de los romanos. Que

---

Golla *se inventó la brújula el año de* 1320. *El Emperador Lotario II., queriendo dulcificar las costumbres agrestes de los vecinos de Pira, no encontró medio mejor que regalarles las Pandectas. Despues que los Florentinos, i en su nombre el jeneral Caporis, se apoderaron de la ciudad de Pira, trasladaron á Florencia este libro, é hicieron un magnifico gabinete donde lo colocaron. Se empezaron en seguida á sacar copias de él, i se gobernaban por sus leyes los úngaros, alemanes i boemios á falta de sus leyes sajonas. Con esto principió á estenderse el deseo de saber lo que contenia aquel libro, que tanto ruido habia dado, por lo que de nuevo empezó á florecer el estudio de las leyes romanas en Italia. Polonia, Suecia, Dinamarca, Inglaterra, Escocia, Irlanda, Francia, España i Portugal, jeneralizándose por último en toda la culta Europa.*

nosotros teníamos las nuestras propias i peculiares, consta por las leyes del libro llamado de los *Jueces*. Solo sirven las romanas para que se ejerciten los estudiantes en las academias i universidades, pues fundadas sobre la equidad, todas nuestras leyes jiran bajo los mismos principios, y teniendo conocimiento, aun cuando sea una leve tintura, con facilidad se aprende despues el derecho patrio.

7. Nosotros, teniendo varios códigos, i ocasionando diversas dudas, se mandó por la *lei* 3. *título* 3. *Novísima Recopilacion*, aun cuando con anterioridad estaba ordenado en la lei primera de Toro, para fijar el órden que debia observarse en la sustanciacion de los pleitos, que primero hemos de seguir las leyes de la Novís. Recop., i las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia de que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias; pero teniendo una coleccion de tomos de los decretos espedidos por nuestro Soberano desde el año de 1806, en que se hizo la impresion de la Nov., primero se ha de observar si el caso que se propone está decidido por alguno de ellos: en su defecto á la Nov.: en seguida por las del *Fuero Real* i *Fueros Municipales*: á falta de estas por las de las *Siete Partidas*. Esta misma *lei* advierte que las de los fueros tan solamente se deben guardar en cuanto esten en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros Municipales*; pero no en las del *Fuero Real*, como prueba D. Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de monasterios*,

disc. 4. n. 155 i siguientes; i lo convence la cédula de 15 *de Julio de* 1788, que copia Febrero en su *Librería de Escribanos, tomo* 1. *cap.* 6. §. *único, núm.* 20 (1). Si el caso controvertido no está decidido en ninguno de estos códigos, debe serlo por el Canónico; no encontrándose lei del Reino canónica ó civil, se ha de estar á la costumbre legítimamente introducida por el tiempo de 10 años, i pluralidad de actos que á este fin se hayan practicado (2). En defecto de todo lo espuesto, debe gobernar la razon natural, como cimiento de todo derecho (3). Si no bastase lo antecedente, será regular determinacion la que se arregle á la comun de los autores. No siendo suficientes las leyes, costumbres, reglas naturales i opiniones apuntadas, debe determinarse el asunto por lo que en caso idéntico esté dispuesto por derecho. Finalmente, si el juez no sabe que hacerse, debe ocurrir al Soberano, de quien, así como es propio establecer leyes, lo es tambien el declararlas.

---

(1) *Véase á* Sala, *tomo* 1, *tratado breve de Derecho de España, pájina XIII.*

(2) *Véase el* Compendio de las 83 leyes de Toro *por D. Pedro Nolasco de Llano, páj.* 9.

(3) *El derecho romano solo puede alegarse como razon, i jamas como lei, pues está espresamente prohibido por el* Auto 1.°, título 1, libro 2, *Recopilacion, ó nota* 2. *de la lei* 11, *título* 2. *l.* 3. *de la Novísima Recopilacion.*

Quien deseare tener una noticia mas estensa de nuestros Códigos, origen de nuestra legislacion, i órden en los libros de las leyes, para su mayor inteligencia, debe leer las Instituciones de Castilla *de Aso i Manuel, en su Prólogo, que es sin duda el mejor discurso que hai publicado hasta el dia, relativo á esta materia.*

LEYES
DE LAS DOCE TABLAS.

Es una pérdida para la literatura, el que las leyes primordiales, que fueron la fuente del *Derecho Romano*, no se conserven enteras, i con el órden que les dieron los Decemviros en su principio. Solo se encuentran algunos miembros dispersos en varios escritores de la antigüedad que las citan. Se han reunido con gran cuidado, i segun las materias á que pertenecen, presentamos estas famosas tablas de las LEYES ROMANAS, con toda la verosimilitud que pueden recibir, en el desorden que la antigüuedad las ha dejado.

TABLA I.

De la forma i órden judicial.

Lei primera. Seguid al instante ante el juez á la persona que os citare.

Lei segunda. Si el citado reusa seguiros al juicio, tomad testigos de entre los circunstantes, i tendreis derecho de hacer comparezca vuestra parte.

Lei tercera. Si el que citais se quiere escapar, ó trata de resistir, se le puede prender.

Lei cuarta. Si aquel á quien se quiere llevar ante el juez, es viejo, ó está enfermo, se le ha de conducir en un carro. Si lo reusa, el que lo cita no está obligado á darle carro cubierto.

Lei quinta. Sinembargo, teniendo el citado quien responda por él, se le debe dejar ir.

Lei sesta. Por un rico solo puede responder un rico. Por un pobre basta que cualquiera responda.

Lei séptima. El juez no podrá pronunciar contra las convenciones que hubiesen hecho por el camino, el que conduce i el que es conducido á juicio.

Lei octava. Si el emplazado no ha hecho convencion con su parte, que el Pretor conozca de su causa, desde que sale el sol hasta mediodia; i que ambas partes esten presentes mientras se litiga en la plaza ó en los comicios.

Lei novena. Que este mismo Pretor decida despues del medio dia, aunque no haya presente mas que una de las dos partes, pronunciando sentencia.

Lei décima. Que el sol á ponerse ponga fin á todo juicio.

Lei undécima. Cuando se nombrare juez ó árbitro, las partes estarán obligadas á dar caucion de presentarse ante él; i el que no cumpla pagará la multa en que hayan convenido, á menos que no esté imposibilitado por enfermedad grave, ó por el desempeño de algun voto, ó por comision de la república, ó por negocios indispensables con algun estrangero. Si un solo de estos obstáculos sobreviene al juez ó al árbitro,

ó á cualquiera de las partes, difiérase la cita para otro dia.

Lei duodécima. El que no tenga testigos que producir ante el juez, que vaya por tres dias á dar clamores delante de la casa de su parte contraria.

TABLA II.

De los robos.

Lei primera. El que se viese insultado de noche por algun ladron, si le mata, que no incurra en pena alguna.

Lei segunda. Si el robo se hace de dia, i el ladron es sorprendido en el acto del robo, ó es cojido *in fraganti*, que sea azotado i hecho esclavo de aquel á quien quiso robar. Si el ladron es un esclavo, que se le azote i precipite desde lo alto del Capitolio. Si es aun impúber, que sea castigado á voluntad del Pretor, é indemnice á la parte el daño causado.

Lei tercera. Cuando los ladrones acometieren con armas, si el acometido grita ó implora el socorro del público, no será castigado si mata á alguno de los ladrones.

Lei cuarta. Cuando, despues de un registro segun la lei, se encontrase en la casa alguna cosa robada, se tendrá el robo por manifiesto, i como tal se castigará.

Lei quinta. Cuando el robo no es manifiesto, el ladron será condenado á pagar el duplo de la cosa robada.

Lei sesta. El que cortase árboles, que no sean suyos, pagará 25 ases de cobre por cada pie de arbol.

Lei séptima. Si alguno viene de noche ocultamente á pisotear el campo de otro, sembrado de trigo, ó á cortar las mieses, que sea ahorcado como víctima consagrada á Ceres. Mas si es impúber, que el Pretor lo castigue á su voluntad; y pagará ademas el duplo valor del daño que hubiese causado.

Lei octava. Si transije la persona robada con el ladron, ya no podrá pedir el castigo de este.

Lei novena. La cosa robada no podrá jamas prescribirse, ni los bienes de un ciudadano romano por la mas larga posesion de un estranjero.

Lei décima. Si alguna cosa es depositada con mala fé, que el deponente pague el doble al depositario.

Lei undécima. Si alguno encuentra en poder de otro porcion de sus bienes, poseidos con mala fé, que el Pretor nombre tres árbitros para juzgar de ello. En este caso, que el poseedor de mala fé pague el doble de los frutos que hubiere percibido.

Lei duodécima. Si un esclavo hace un robo, ó sabiéndolo, ó instigándolo su amo; ó causa algun daño á otro, que el amo entregue en resarcimiento el esclavo al ofendido.

TABLA III.

Del préstamo, i derecho de los acreedores.

Lei primera. No se podrá ecsijir mas de uno por ciento al mes de interes por el dinero prestado. Si alguno pide mas, que sea condenado á pagar el cuádruplo de la suma prestada.

Lei segunda. Confesando uno la deuda, ó siendo condenado á pagarla, el acreedor concederá 60 dias á su deudor para adquirir la suma. Pasados estos, será preso i llevado ante el juez.

Lei tercera. Si el deudor reusa pagar, ó no dá fiador, podrá el acreedor llevarle á su casa, atarlo á una cadena por el pescuezo, i ponerle grillos en los pies, con tal que no excedan de 15 libras de peso. Podrá ser mas ligera, si el acreedor quiere.

Lei cuarta. Si el deudor encadenado trata vivir á sus espensas, que viva; si no quiere, que el que lo tiene encadenado le dé una libra de arina al dia, ó mas si gusta.

Lei quinta. El acreedor podrá retener á su deudor en la cadena por el espacio de 60 dias. Si en este intervalo el deudor no encuentra medios de satisfacer al acreedor, éste lo espondrá al público por espacio de 3 dias en el mercado, i hará pregonar la suma de que ha sido defraudado.

Lei sesta. Si el deudor es insolvente á mu-

chos acreedores, éstos, despues del tercero dia de mercado, podrán hacer pedazos su cuerpo, i partirle en mas ó menos partes, sin incurrir en pena alguna, ó podrán venderlo á los estranjeros que habitan á la otra parte del Tiber.

TABLA IV.

Del derecho de los Padres de familias.

Lei primera. Que el padre tenga en sus hijos legítimos el derecho de vida y muerte; i pueda venderlos cuando quiera.

Lei segunda. Sinembargo, si un padre vende hasta tres veces á su hijo, éste cesará de estar bajo su patria potestad.

Lei tercera. Que el padre se apresure á dar la muerte al niño que nazca con alguna deformidad monstruosa.

Lei cuarta. Que el hijo, cuyo padre hubiere descuidado la educacion hasta el estremo de no hacerle aprender oficio, no sea obligado á sustentar á su padre, estando este en pobreza. Si le ha enseñado oficio, estará obligado á socorrer á su padre.

Lei quinta. Que el hijo bastardo no sea obligado á trabajar para la subsistencia de su padre.

TABLA V.

De la sucesion i tutela.

Lei primera. Que se observe, despues de la muerte del padre, la disposicion que hubiere

hecho de sus bienes, i lo que hubiese ordenado acerca de la tutela de sus hijos.

Lei segunda. Si muere sin haber testado, i no tiene hijos que le sucedan, que el pariente mas cercano sea su heredero; si no tiene parientes cercanos, que un hombre de su linaje obtenga la herencia.

Lei tercera. Cuando un liberto muere sin haber hecho testamento i sin herederos, si vive su patrono ó sus hijos, que los bienes del liberto pasen á la familia de su patrono.

Lei cuarta. Despues de la muerte de un deudor, sus deudas serán pagadas por sus herederos, á proporcion de la parte que deba tener cada uno en la herencia. Partirán lo que sobre, si quieren, ó el Pretor les nombrará árbitros para hacer la particion.

Lei quinta. Si muere sin haber hecho testamento un padre de familias, que tenga un heredero menor de edad, será tutor de éste su pariente mas cercano.

Lei sesta. Si alguno se pone furioso, ó se declara por pródigo, i no tiene curador, que un pariente, ó en su defecto un hombre de su linaje tenga el cuidado de su persona i bienes.

TABLA VI.

Del dominio i de la posesion de los bienes.

Lei primera. Luego que un hombre hiciere pasar sus bienes á las manos de otro, que los términos de que él se sirva hagan derecho.

Lei segunda. El esclavo que ha de ser libre con la condicion de dar una cierta suma, si se le vende en seguida, ó paga la suma estipulada á su adquiriente, que sea puesto en libertad.

Lei tercera. Que una mercancía vendida i entregada, no sea del comprador sino cuando hubiere pagado el precio estipulado.

Lei cuarta. Que los bienes raices sean prescritos despues de dos años; los muebles, pasando un año de posesion.

Lei quinta. En los casos litijiosos, la presuncion estará siempre á favor del poseedor; i en los que se tratáre de establecer la libertad ó la esclavitud, la presuncion será siempre por la libertad.

TABLA VII.

De los delitos.

Lei primera. Si una bestia causó daño en el campo ajeno, pague su importe el dueño de ella, i no haciéndolo entregue la bestia.

Lei segunda. Si encontrais en la casa de otro ó en su viña alguna alfajía ó percha, que sea vuestra, mas que está componiendo parte de la obra, no derribeis la casa, ni destruyais la viña, sino haced que se os pague el doble valor del robo, i cuando la casa ó la viña se destruya, recobrad lo que es vuestro.

Lei tercera. El que maliciosamente pusiese fuego á la casa de otro, ó á un monton de trigo cercano á su casa, que sea preso, azotado, i despues quemado: si el incendio sucedió por casua-

lidad ó sin mala intencion, reparará el daño; mas si es pobre, se le condenará solo á una pena lijera.

Lei cuarta. El que cortase miembro á otro, no transijiendo con el ofendido, será castigado con la lei del Talion.

Lei quinta. Si no ha roto mas que un hueso, que pague 300 libras de cobre, si ha sido á un hombre libre; i 150, si es esclavo.

Lei sesta. Por los golpes ordinarios de mano i por palabras injuriosas se pagarán 25 ases de cobre.

Lei séptima. El que difamase á otro, sea con palabras, sea con versos injuriosos que puedan marchitar su reputacion, será castigado á palos.

Lei octava. El que reusare declarar como testigo de causa que tiene conocimiento ó noticia, siendo presentado para que diga lo que sepa, será mirado como infame, é incapaz de ser testigo en adelante.

Lei novena. El testigo falso será precipitado desde lo alto del Capitolio.

Lei décima. Todo el que matare premeditadamente á un hombre, ó se sirviese de palabras májicas para hacerle daño, ó le preparase veneno, ó conspirase contra su libertad individual, haciéndolo prender, que sea castigado como homicida.

Lei undécima. El parricida será echado en el rio, cubierta la cabeza, i cosido en un saco de cuero.

Lei duodécima. El tutor que gobernase mal

los negocios de su pupilo, será reprehendido, i si se verifica que lo roba, le pagará el duplo.

Lei décimatercia. El patrono que defraudase á su cliente, será mirado eecsecrable, i se le podrá matar lícitamente, como víctima dedicada á los dioses infernales.

TABLA VIII.

De los bienes rurales.

Lei primera. Que se deje siempre un espacio de dos pies i medio entre tu casa i la del vecino.

Lei segunda. Las sociedades que se establezcan podrán hacer los reglamentos ó estatutos que quieran, con tal que no se opongan al derecho público.

Lei tercera. Cuando entre dos vecinos hubiere disputas sobre los límites, el Pretor les señalará tres árbitros.

Lei cuarta. Cuando un árbol plantado en un campo sea dañoso al campo vecino por su sombra, córtensele todas las ramas hasta la altura de 15 pies.

Lei quinta. Si el fruto de un árbol viene á caer al campo del vecino, el dueño del árbol podrá recojerlo.

Lei sesta. El que trate de hacer algun canal, para que las aguas de las lluvias corran desde su terreno al campo del vecino, nombrará el Pretor tres árbitros, á efecto de que aprecien el daño que el agua ha podido causar, i para impedir que lo cause en adelante.

Lei séptima. Los caminos tendrán 8 pies de ancho estando rectos, i 16 en donde esten curvos.

Lei octava. Si el camino situado entre dos campos estuviere devastado, se podrán hacer pasar los carros por cualquiera de los dos prédios.

TABLA IX.

Del derecho público.

Lei primera. Que á nadie se le conceda privilegio.

Lei segunda. Què se restablezcan en sus antiguos derechos, no solo á los deudores que hayan salido de su esclavitud, sino tambien á los estranjeros rebeldes, en el momento que vuelvan á sus deberes, como si siempre hubieran sido fieles.

Lei tercera. Es un crímen capital para todo juez ó árbitro recibir dinero para dar sentencia.

Lei cuarta. Que no se decida de la vida, de la libertad ó del derecho de ciudadanía de ningun romano, sino en los comicios juntos en centurias.

Lei quinta. Que el pueblo establezca Cuestores, para que conozcan de los delitos capitales.

Lei sesta. Todo el que hiciese asambleas sediciosas durante la noche, será castigado con pena de muerte.

Lei séptima. Los que hubiesen solicitado del estrangero, que se declare enemigo de Roma, ó que hubiesen entregado á un ciudadano al enemigo, que pierdan la vida.

Lei octava. Las últimas leyes del pueblo se observen con preferencia á las antiguas que no sean conformes á ellas.

Lei novena. Para que los linderos de las heredades no sean inciertos i arbitrarios, á imitacion de una lei de *Solon*, haya un espaci de 5 pies entre el campo de un particular i el de su vecino, i no se pueda prescribir contra este establecimiento.

TABLA X.

De los funerales i ceremonias mortuorias.

Lei primera. Que no se entierre ni queme cadaver alguno dentro del recinto de la ciudad.

Lei segunda. Que se destierre de los funerales el lujo i ecsesivo luto. Que no se haga en ellos nada de lo que se va á prohibir.

Lei tercera. Que no sean labradas las maderas de que se construya la pira.

Lei cuarta. Que no se pongan sobre el cadáver mas que tres vestidos de ostentacion, bordados de púrpura, i que no se empléen en su obsequio mas que diez flautistas.

Lei quinta. Que las mujeres no se arañen la cara, ni se desfiguren: que no den gritos espantosos.

Lei sesta. Que no se quite miembro alguno á los cadáveres para hacerles nuevas ecsequias, á no ser que muera en la guerra ó fuera de su pais.

Lei séptima. Que no se embalsamen los esclavos despues de sus dias; que no se beba andando al rededor de sus cadáveres, ni se derrame sobre ellos licores perfumados.

Lei octava. Que no se lleve á los funerales coronas ó festones, braserillos ni otros perfumes.

Lei novena. Si el muerto mereció alguna corona en los juegos, ya por sí ó por la destreza de sus esclavos ó por la lijereza de sus caballos, que se le alabe en su funeral, i se permita á sus parientes pongan la corona sobre el difunto los siete dias que esté en su casa, ó cuando se lleve á la sepultura.

Lei décima. Que no se hagan mas de una vez las ecsequias de cada muerto, ni se ponga al cadaver mas que una cama.

Lei undécima. Que no se use oro en los funerales, á no ser que el muerto tenga hilo de este metal, para atar sus dientes. Entonces lejítimamente se podrá enterrar ó quemar el cuerpo con el hilo de oro.

Lei duodécima. Que no se edifique sepulcro, ni se erija la boguera mortuoria, sino á 60 pies distantes de cualquier casa, á no ser que su dueño la permita mas cerca.

Lei décimatercia. Jamas prescriba la posesion contra el dominio de la sepultura i su vestíbulo.

Lei décimacuarta. Cuando muera algun ciudadano recomendable en la república, se canten públicamente sus alabanzas en sus ecsequias, mezclando versos lúgubres, acompañados de flauta.

Lei décimaquinta. Podrá haber un pregone-

ro que anuncie la muerte del ciudadano, é indique el dia de las ecsequias; i en el caso de celebrarse juegos fúnebres podrá el maestro de ceremonias tomar un sustituto i alguaciles.

TABLA XI.

Del culto de los Dioses, i de la Relijion.

Lei primera. Que se asista á las juntas de la Relijion con pureza, con piedad, i que se destierre el lujo. Si alguno hace lo contrario, los Dioses se vengarán á sí mismos.

Lei segunda. Que nadie tenga Dioses particulares. Que no sean adorados en secreto los nuevos i estranjeros, á menos que no estén recibidos por la autoridad pública.

Lei tercera. Que cada uno goce de los templos consagrados por sus padres; de los bosques sagrados en sus campos; de los oratorios; de sus Dioses Lares. En fin, que se guarden los ritos particulares de su familia i antepasados para honrar á sus Dioses domésticos.

Lei cuarta. Que se honren á los Dioses del Cielo, que siempre han sido reconocidos por tales, como igualmente à los que por sus méritos han sido transportados á él, como Hércules, Baco, Castor, Polux i Rómulo.

Lei quinta. Que se ponga al rango de los Dioses las cualidades laudables, por las cuales los héroes han llegado al Cielo, como el ánimo, la virtud, la buena fé; i que se les pueda erijir

templos; pero que jamas se dicierna culto á vicio alguno.

Lei sesta. Que se esté mas particularmente á las ceremonias mas autorizadas.

Lei séptima. Que los procesos se suspendan en los dias festivos, procurándose que los esclavos observen las fiestas despues de haber concluido su trabajo. Para que se sepa en qué dias caen, que se describan en los Calendarios.

Lei octava. Que los sacerdotes sacrifiquen á los Dioses ciertos frutos de la tierra, en determinados dias. Que se señalen, para en ellos pedir la abundancia de la recoleccion. Se inmolarán víctimas jóvenes de un año, i se derramará leche. Para que no se omita esta ceremonia, los sacerdotes concluirán con ella el ejercicio de su año. Tendrán cuidado de escojer para cada Dios el jénero de víctima que le sea mas agradable. Que haya sacerdotes para unos Dioses, i flamines para otros, obteniendo los pontífices intendencia sobre todos.

Lei novena. Que las mujeres no asistan á los sacrificios que se hicieren de noche, escepto á los que se hicieren por el pueblo, con las ceremonias ordinarias. Que nadie sea iniciado en los misterios, sino en los de Ceres, que nos han venido de Grecia.

Lei décima. Si alguno roba lo que pertenece á los Dioses, ó lo que les ha sido prometido, que sea tratado como homicida.

Lei undécima. Que el perjurio sea castigado por los Dioses con pena de muerte, i por los hombres con eterno oprobio.

Lei duodécima. Que los pontífices castiguen el incesto con el último suplicio.

Lei décimatercia. Que se satisfagan esactamente los votos que se hubieren hecho. Que al impío no le sea permitido presentar ofrendas á los Dioses.

Lei décimacuarta. Que nadie consagre temerariamente su campo al servicio de los altares, i que las ofrendas que se hagan de oro; plata ó marfíl, sean con discrecion. Por último, que nadie prometa á los Dioses cosas que esten en litigio: si lo hace, que pague el doble de su valor.

Lei décimaquinta. Que cada uno habite en una posesion eterna de fiestas propias de su familia.

Lei décimasesta. Que el que hubiere cometido alguna de aquellas faltas que hacen esecrable, i que no pueden borrarse por la espiacion, sea mirado como impío. Que los ministros públicos espien los que puedan ser espiados.

Lei décimaséptima. Las vestales no hereden á sus parientes que mueran sin testamento; i cuando ellas fallezcan sin haberlo hecho, se dividan sus bienes entre sus compañeras.

TABLA XII.

Del casamiento, i derechos de los maridos.

Lei primera. Cuando una mujer dueña de ía misma hubiere habitado un año entero bajo el pie de casada en casa de un hombre, que sea

tenida por esposa; á menos que en el año no se haya ausentado tres noches.

Lei segunda. Si un marido sorprende á su mujer en adulterio, ó la encuentra bebida, podrá castigarla aun de muerte, despues de haber deliberado con sus parientes.

Lei tercera. Luego que el marido quiera divorciarse de su mujer, la fórmula será quitarla las llaves de la casa, i devolverla todo lo que hubiese aportado al matrimonio. En esto consistirá la naturaleza del divorcio.

Lei cuarta. Que el parto de una viuda diez meses despues de la muerte de su marido sea reputado lejítimo.

Lei quinta. Que no sea lícito á los patricios contraer nupcias con las hijas de los plebeyos.

RESUMEN DE LAS LEYES.

La Tabla I. contiene....	12	leyes	113 leyes.
La II.	12		
La III.	9		
La IV.	5		
La V.	6		
La VI.	5		
La VII.	13		
La VIII.	8		
La IX.	9		
La X.	15		
La XI.	17		
La XII.	5		
Suman...	113		

LIBRO PRIMERO.

TITULO I.

De la Justicia y del derecho.

§. 15.º Division del derecho en *público* i en *privado*.

§. 16.º Otras divisiones del derecho.

1. Este título lleva por epígrafe de la *justicia* i del *derecho*, i no del *derecho* i la *justicia*; porque no hay derecho ni verdadera lei, como no traiga su orígen i tome toda su fuerza de la justicia (1). La Instituta i Pandectas principian por su esplicacion atendiendo á que ella es el fin de toda jurisprudencia, i norte del jurisconsulto: su fin debe siempre estar presente á la vista de todo profesor de leyes. A la manera que el teólogo mira la eterna felicidad como objeto de esta ciencia, i el médico la salud del cuerpo; del mismo modo el jurisconsulto debe atender á la tranquilidad de la república, que es el objeto i fin de la justicia. Si esta faltase, viviríamos sin duda lo mismo que los peces, que los mayores devoran á los menores. Así pues, el jurisperito ha de procurar que sea igual la justicia; que la virtud sea premiada, castigado el vicio, recompensado el mérito, que á cada uno se le dé lo que sea suyo; que todos anden seguros, i no sean molestados en sus bienes con injustos pleitos; por último, como dice el Apostol (2): *que tengamos una vida quieta i*

(1) *Dice Ulpiano* que el derecho tomó su nombre de la justicia.

(2) *S. Pablo* 1.º *Tim.* 2. 2.

tranquila en toda piedad i honestidad. Este grandioso fin de la jurisprudencia inculca Ulpiano, llamando á los jurisconsultos Sacerdotes del templo de *Temis* ó de la Justicia, á la manera que antiguamente se nombraban los filósofos, Sacerdotes de sabiduría i virtudes. Asi como el objeto del *Sacerdote* entre nosotros es tributar adoraciones i sacrificios á Dios, predicar el Evangelio á los hombres, enseñándoles las virtudes que se contienen en los sagrados libros, asi los jurisconsultos deben enseñar el bien i la equidad, separando lo justo de lo inicuo. Los que se aparten de este principio, serán una peste de la república, i habrá tantos pícaros cuantos sean los delincuentes que queden impunes de sus ecsesos. Grávese, pues, con caractéres indelebles, que el fin de la jurisprudencia es la justicia.

2. Esta se define, tanto en la Instituta como en el Dijesto, diciendo que es *una constante i perpétua voluntad de dar á cada uno lo que le pertenece.* Seria conforme á las reglas de lógica esta definicion, si espresase la idea que se concibe con esta palabra. Su definicion está sacada de los principios de la filosofía estóica, á la que eran muy adictos los jurisconsultos de la antigüedad. Para los Estóicos toda virtud era *una constante i perpétua voluntad.* De aqui si alguno cometia un solo crímen, ya lo reputaban siempre por un hombre malo. Por esta razon cuando se dice que la justicia es *constante i perpétua voluntad*, es igual á si se dijera que la justicia es una virtud, pues este es el jénero

en la definicion. Unese á ella la diferencia específica *de darle á cada uno lo que es suyo*. En esto está la divergencia, segun la presente definicion, de la justicia i las demas virtudes. La piedad, que es una de las que nos encargan los libros santos, rinde su culto á Dios; da moderacion al hombre ajitado de pasiones, que es otra de ellas: así la justicia da á cada uno lo que se le debe: en este sentido está bien la definicion propuesta.

3. Empero será mas ecsacta definicion la que cuadre mas bien con el objeto de la justicia. Para entenderla con perfeccion, es necesario ver antes qué sea justicia *moral*, i cuál la justicia *civil*, en cuyas dos partes se divide. La *moral* es una virtud, que consiste en la mente, ó un hábito de la misma mente, por el que cada uno arregla todas sus acciones á la lei: luego en este sentido no es justo el que presta á cada individuo los oficios esternos, si no los hace por amor á la virtud: v. g. el fariseo, que se gloriaba de no ser ladron, ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo, pues si se abstenia de cometer estos ecsesos, no lo hacia por amor á la virtud, sino por hipocresia. Por el contrario, se llama justicia *civil*, cuando se ajustan de tal manera las acciones esternas con lo preceptuado por la lei, que no se falta en nada; aunque no se haga por amor á la virtud, sino por temor al castigo. De aquí el que paga los tributos al Real erario, no daña á persona alguna, no hurta &c., será civilmente justo, no obstante que en la ejecucion de sus operaciones no se proponga

por norte la virtud : i se llamará asi en el sentido civil á este hombre, aunque su ánimo resista á estas acciones, aun cuando sea hipócrita, ó Atéo. Los medios que la jurisprudencia pone para hacer al hombre civilmente justo, son los premios i penas temporales. Asi nos harán en efecto justos civilmente, pues en el foro jamas se castigan los pensamientos por depravados que sean. Luego el fin de la jurisprudencia es la justicia civil, á pesar de que Justiniano la que define es la moral, que no conviene con los preceptos de la jurisprudencia. De manera que con las nociones dadas, nos parece que con mas esactitud se definirá la justicia civil, como principio, objeto i fin de la jurisprudencia, diciendo : *es un arreglo de las acciones esternas á las leyes, por las que ninguno comete daño, i da i comparte á cada uno lo que le corresponde i es suyo.*

4. Hemos visto qué sea justicia: se pregunta ¿de cuántas maneras es? La dividimos, ademas de la dada en el §. anterior, en *espletriz* i *atributriz*, cuya division muchos la contradicen, reduciéndose la disputa á una cuestion de nombre. Para proceder con método y orden, ecsaminemos con imparcialidad las cosas: los oficios que debemos á los demas hombres son de dos maneras, pues unas cosas manda la lei como *necesarias*, de modo que podemos ser obligados á prestar semejantes oficios; tales son los que proceden de aquella regla grabada con caractéres indelebles en nuestro corazon, *lo que no quieras hagan contigo, no hagas á otro.* De aqui es que no debemos matar á nin-

gun semejante nuestro; no hacer daño ó causar injuria; pagar relijiosamente lo que debemos &c. Si se comete alguno de estos ecsesos, los magistrados pueden castigar al perpetrador del crímen, i aun obligarlo con penas; tanto pecuniarias como personales, á que cumpla el contrato; por esta razon á estos oficios llaman *perfectos*. Otras hai que solamente la lei las encarga como *honestas*; mas su práctica la deja á los sentimientos del corazon de cada uno. Tales son las que solo proceden de la honestidad ó decoro: asi, por ejemplo, la lei manda demos limosnas á los verdaderos pobres, i que prestemos los oficios de humanidad á todo menesteroso: que enseñemos, por ejemplo, el camino al que va errado; se dé luz de la que tengo encendida, al que la pide &c. Empero si alguno no lo hace, ciertamente es inhumano; mas no puede ser llamado á juicio, i por el magistrado obligado á su práctica, pues estos oficios son mas bien de voluntad, que de necesidad, por lo que se nombran *oficios imperfectos*.

5. Con estos antecedentes fácilmente advertimos la diferencia que hai entre la justicia *espletriz* i la atributriz. Espletiva es, la que dá lo que se debe por los oficios perfectos: i así el que no roba, el que paga á sus acreedores, el que observa con esactitud los pactos que celebra, este se dice que cumple con la justicia espletriz, porque todo esto se debe por un derecho tan perfecto, que puede ser obligado i conminado con pena por el juez el que deniegue semejantes oficios. Por el contrario, atributiva es la que cada uno

distribuye impulsado mas bien de sus nobles sentimientos, que de la necesidad: esto es, el que dá lo que debe á otro, mas que no puede ser obligado á ello. Si pues alguno dá limosna, si ayuda con sus consejos al que los necesita i se los pide, si muestra el camino á los viajeros que van errados, este satisface la justicia *atributriz*.

6. Se pregunta, ¿por qué la justicia espletriz admite coaccion, i la atributriz no? Hai muchas razones para ello, las que no se advierten al pronto, como no se esté empapado en los preceptos del derecho natural. Basta con que insinuemos una. Todos los oficios perfectos se deben de *una cierta i determinada persona;* por tanto si esta no los presta, no los puedo ecsijir de otra. v. g. Si Antonio me debe 100, solo se los puedo pedir al mismo Antonio, i ciertamente quedará la accion ilusoria, i se reirán de mí, si se los quiero cobrar á Marcos, á falta de pago por parte de Antonio. Por el contrario, en los oficios imperfectos no hai una cierta i determinada persona obligada á prestarlos; por ejemplo, pido una limosna á Juan, me la niega, no quedo desamparado, pues tengo aun accion para pedírsela á Pedro, i si no quiere, á Francisco &c.: de aquí á los oficios imperfectos no les estableció la lei coaccion, porque no se me priva de recurso, cuando uno me niega la limosna.

7. El derecho prescribe tres preceptos: *vivir honestamente; no dañar á otro; i dar á cada uno lo que es suyo*. Ocurre la duda de ¿por qué tan solo numeran estos tres preceptos los jurisconsultos, habiendo podido marcar muchos mas, como

observar los pactos &c.? En esta parte refleccionaron bien: la justicia, como vimos, es atributriz, que procede solo de la honestidad, i de aquí el precepto de vivir honestamente; la espletriz, se versa sobre los oficios perfectos; ella nos manda que nos astengamos de las cosas prohibidas por la lei; de aquí *no dañar á otro:* el que cumple con lo que las leyes mandan, satisface con el precepto de *dar á cada uno lo que es suyo*. Luego estos son precisamente todos los principios del derecho: así por ejemplo, el que no roba ó comete algun daño es justo, pues que no quebranta precepto alguno: el que cumple en un todo con el lleno de sus deberes, observando los pactos que celebra, es justo, pues dá á cada uno lo que le pertenece: el que se porta en la república como buen cindadano, procura contribuir por su parte á la felicidad de la patria, cumple con el culto divino, vive modestamente, es justo, pues se porta con honestidad: mas verdades estrivan en estos preceptos, que las que vulgarmente se creen.

8. Síguese otra division, pues segun la opinion de los doctores, ó es la justicia *universal*, ó *particular;* esta se subdivide en *conmutativa* i *distributiva,* aunque ambas inútiles. Veamos sus definiciones que provienen ciertamente de la doctrina de Aristóteles, de cuyos preceptos morales estan tomadas casi todas las definiciones. Segun este filósofo, la *universal* es el ejercicio de todas las virtudes para con los demas. Por lo que si alguno es justo, benéfico, humano, modesto, &c. será varon justo con respecto á la justicia universal. *La particular* es la que coerce, por ejemplo, la avaricia, i por lo

tanto en lo esterior ni lucra para si el que la ejercita mas, ni dá á otro mayor carga que la que le pertenece, v. g. si alguno distribuyendo premios, oficios i honores no consutla sino á la razon i justicia, dándole á cada uno lo que le corresponde, se dice que cumple con la justicia particular.

9. Esta se subdivide en conmutativa i distributiva. *Conmutativa* es la que mira á la cosa, i no á la calidad de la persona, i por lo tanto observa la cualidad perfecta, como sucede en los contratos. v. g. El panadero no vende el pan en mas precio al zapatero que al majistrado; si hace lo contrario, es injusto. Por la inversa, la *distributiva* es la que mira á la calidad de las personas, por lo que no observa igualdad sino la que llaman jeométrica: por ejemplo, el príncipe distribuye empleos, hace á uno gobernador, á otro ministro, á un tercero secretario, á este le confiere una toga, á aquel una canonjía, ¿por ventura es injusto, porque á todos no hace ministros, y no atiende á la cualidad en que todos convienen de hombres? Seria injusto si concediera á todos los mismos cargos, pues en la distribucion de honores, premios i castigos, no se debe atender sino á la calidad de la persona. Asi como no de toda madera se fabrica una estátua, del mismo modo de cualquier hombre no se hace un consejero, un gobernador, un ministro. De este modo piensan todos los que siguen la doctrina de Aristóteles. Si se analizan estas definiciones, vemos que no observan las reglas prevenidas en la lójica, pues en ellas un miembro no debe comprender al otro, y aqui se advierte todo lo contrario:

¿qué absurdo no sería dividir al hombre de modo que todo él estuviese en todas sus partes? Pues en este error cae la division dada: la justicia ó es universal que abraza todas las virtudes, ó particular, que inculca una, como la generosidad. Es falso, ademas, que la distributiva tenga lugar en los premios i castigos, y la conmutativa solo en los contratos: por ejemplo; los romanos castigaban el hurto con la pena de pagar el duplo de lo que se robaba: finjamos, pues, que un ladron es tan astuto, que parece tiene todo su ingenio en los dedos; otro tan estúpido, que solo tenga el alma por sal para que no se pudra, ¿deberá ser este castigado con el cuádruplo (1)? Finjamos que Estevan estipula 100 para sus amos que son tres, el primero tiene una mitad en él, i cada uno de los otros dos, una cuarta parte:

---

(1) *Los romanos dividian el hurto en* manifiesto *i* no manifiesto; *manifiesto es cuando el ladron era cojido en el hurto, ó con la cosa robada en su poder; i se castigaba con el cuádruplo valor de la cosa robada. El no manifiesto, cuando el ladron era preso, pero no con el hurto, pues antes lo habia depositado en el lugar de su costumbre; y este se le castigaba con el duplo. Fácilmente se nota que, si el ladron era poco diestro, ó novicio como llama el vulgo, lo castigaban con mas rigor que al diestro ó maestro en el oficio; pues el primero por su torpeza le encontrarian la cosa hurtada en su poder, i al segundo con dificultad se la hallarian.*

¿por ventura los 100 se han de dividir por iguales cantidades? De ninguna manera; sino el primero tomará 50, los otros dos 25 cada uno. Tenemos pues ejemplos que demuestran cómo en la distribucion de premios i castigos no se observa sino una igualdad perfecta. En los contratos, sola la que se llama jeométrica, por lo que esta divicion es poco esacta.

10. La segunda parte del título trata de la jurisprudencia. Damos de ella dos definiciones; la una antigua, la otra conforme los modernos. Segun Ulpiano, la jurisprudencia es *una justa noticia de las cosas divinas i humanas i una ciencia de lo justo é injusto.* Noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa sino la filosofía, que los antiguos definian asi. Ulpiano la pone en lugar de jénero. La Filosofía se ejercita en el conocimiento de las cosas verdaderas i falsas en la lójica; acerca del bien y del mal en la ética; de la utilidad en la política; de las causas naturales en la *física*; i como la jurisprudencia no se versa sobre todas estas materias, añade la diferencia específica, i *ciencia de lo justo é injusto*; por lo tanto en este sentido la jurisprudencia es una parte de la filosofía, que trata solo de lo justo é injusto. Asi piensa Ulpiano; mas es poco esacto en la definicion. 1.º Es falso que la jurisprudencia sea parte de la filosofía; pues su doctrina nace inmediatamente de solo la recta razon, y la de la jurisprudencia atiende tambion al derecho escrito. 2.º Esta definicion está sacada de la emulacion que había antiguamente entre los jurisconsultos i filósofos. Los primeros

juzgaban á los segundos por su trage, aunque no supiesen nada. Procuraban demostrar que el único medio para hacer á los hombres buenos, era el premio y el castigo. Eúfrates el filósofo afirma (1) *ser esta filosofía, i su mejor i mas hermosa parte la que trata de los negocios públicos; de conocer, juzgar, prometer y ejercer justicia.* Esta emulacion entre los jurisconsultos y filósofos es la verdadera razon porque Ulpiano definió de tal modo la jurisprudencia, y le atribuye lo mismo que los que blasonaban de filósofos, concedian á la filosofía.

11. Esto asi, necesita de otra definicion mas correcta. Nosotros decimos que la jurisprudencia *es un hábito práctico de interpretar las leyes rectamente, i aplicarlas con esactitud á los casos que ocurran.* El jénero en esta definicion es *hábito práctico.* No decimos que consista la jurisprudencia en una simple especulacion, sino en el uso. El físico, v. g. solo trata de averiguar qué cosa es el aire; i por mas conocimientos que adquiera en el ecsamen i análisis de este cuerpo, jamas podrán suministrarle medios para él, por sí propio, crear aire (2). El jurisconsulto no dice solo qué cosa es contrato, qué restitucion *in integrum*, sino que tambien aconseja el modo de que surta efecto el contrato, advirtiendo se efectúe con los requisitos que las leyes previe-

---

(1) *En Plinio l. 1. p. 10.*

(2) *Se demuestra con esto que toda ciencia consiste en un habito práctico.*

nen, i con cautela, creando de por sí un contrato, una restitucion &c. Sabiendo esto, podrá en su caso i lugar poner la correspondiente demanda. Todo lo referido es práctica; por lo tanto, definimos la jurisprudencia, diciendo que es un *hábito práctico.*

12. La diferencia específica en que la jurisprudencia se aparta de las demas ciencias, es en la *interpretacion i aplicacion de las leyes*; i por esto añadimos, *de interpretar rectamente las leyes i de aplicarlas con esactitud á los casos que ocurran.* Debe saber el jurisconsulto en primer lugar las leyes, despues interpretarlas, i por último aplicarlas á los casos que cada dia se ofrecen en el foro. Estas tres cosas son tan precisas, que si alguno se contenta con saber solo algunas de ellas, jamas podrá llamarse jurisconsulto. El que sabe las leyes, mas ignora las reglas de interpretacion, i casos en que deben aplicarse, este se llama un *leguleyo.* El que las sabe, é igualmente interpretarlas, mas desconoce el modo de aplicarlas en justicia i razon, es un *jurisperito*, mas no un jurisconsulto. El que las aplica por una gran práctica que tiene del foro, pero ignora la ciencia del derecho, este se llama *rábula.* Por último, el que sabe las leyes, las interpreta bien, i las aplica mejor, es un verdadero *jurisconsulto* (1).

---

(1) *Ciceron, en la oracion pr. L. Mur., dice que el que no posea estas calidades, no merece la calificacion de jurisconsulto, sino de* rábula,

13. *Interpretar* no es estarse á las palabras de las leyes, sino á su fuerza i potestad; en una palabra, á su espíritu. La interpretacion puede incumbir al legislador, i entonces se llama *Auténtica;* tambien al juez ó magistrado, en cuyo caso se dice *Usual*. Es auténtica cuando la lei aparece tan obscura, que es necesario consultar al mismo legislador para saber qué sentido se le ha de dar. De esta clase de interpretacion habla la *l.* 2. *ff. de leg.* Habia la ley, por ejemplo, que ordenaba fuese perseguida la cosa robada, para su reintegracion, por el señor de ella; mas cuando

---

voz que infama este digno estudio, desmiente todo progreso en las ciencias, envilece el talento, i constituye al profesor nada mas que en un pregonero de las acciones, un recitador de fórmulas, i un cazador de sílabas; porque no hace otra cosa en el desempeño de su oficio que seguir á ciegas aquellos ápices i fórmulas de derecho que le son conocidas, indicar á los ignorantes del formulario cuándo i cómo pueden intentar demanda, i con qué jénero de accion pueden repetir sus pretensiones, intervenir en los pleitos é instancias maquinalmente, sin el menor conocimiento de la constitucion fundamental de la sociedad, é ir á caza de puntos i comas en la esposicion de las leyes, testamentos &c., como pudiera ir el cazador en busca de pajarillos. Un jurista filósofo se desdeña de desperdiciar su racionalidad en estas menudencias, que puede desempeñar dignamente cualquier escribano.

este habia muerto, no sabia el majistrado si otra persona tenia esta misma accion para repetirla, i que el ladron no se lucrase con ella: en este caso se consultó al Emperador Alejandro, quien declaró que el heredero ó la persona á quien le interesase, podia ejercitar la accion.

14. Es *Usual*. cuando el juez interpreta la lei con arreglo á las cosas antes juzgadas. Asi muchas veces, cuando en la curia se suscita alguna duda acerca de cómo ha de interpretarse esta ó la otra lei, se consulta á las decisiones antiguas, i se puede i debe interpretar con arreglo á ellas: por esto se llama usual, porque se toma del uso de la práctica pasada. Finalmente, hai otra clase de interpretacion, que se llama *Doctrinal*, i es cuando los doctores ó jurisconsultos la esplican segun las rectas reglas de las leyes. Pertenecen á esta clase todos los comentarios de las leyes escritos por los jurisconsultos, que tendrán autoridad, si observan las reglas de la buena interpretacion; pues valen tanto, cuantas sean las razones que se aleguen á su favor. La *doctrinal* es de tres maneras: ó *estensiva*, ó *restrictiva*, ó *declarativa*. Es estensiva, cuando la razon de la lei es mas que las palabras con que está escrita, i por lo tanto es menester interpretar la lei: v. g. habia prohibicion de que se esportase trigo de las provincias, bajo la pena de confiscacion de bienes. El comerciante, llevado de la ganancia, no sacaba trigo, sino harina; se preguntó ¿si se quebrantaba la lei? Se dijo que sí, aunque en ella no se hablaba cosa alguna de harina. En efecto, la razon demuestra que con

la esportacion del trigo se ocasionaria hambre en la provincia; i la misma carestía podría sobrevenir si se sacaba harina.

Por el contrario, *restrictiva* es cuando dicen mas las palabras de la lei que lo que quiso significar el legislador: v. g. habia una lei en Bolonia que ordenaba fuese condenado á muerte todo el que derramase la sangre de su semejante en la plaza pública; i fue el caso que un sangrador tuvo por precision que sacar sangre á uno que cayó mortal de apoplejía: se dudó si habia incurrido en la pena de la lei. Es claro que no, pues aunque sus palabras parecian jenerales, sin embargo era de creer que no hablaba de este caso i otros semejantes.

Finalmente, la *declarativa* es cuando la lei i su razon van de acuerdo, i por lo tanto solo hai que esplicar las palabras: v. g. la lei de las 12 Tablas mandaba que al padre de familias, testando de su caudal, ó señalando tutela á su hijo, fuese tenida por lei esta su postrimera voluntad. Si se esplica quien en derecho se llame padre de familias, qué sea testamento, qué caudal, qué tutela, se comprenderá al punto todo el sentido de la lei.

14. Con respecto á su *aplicacion* nos conformamos con lo que escribió Ciceron (1). Se dice aplicar las leyes, el *practicarias en el foro*, segun el lenguaje moderno. Para merecer el nombre de perito en el derecho, debe 1º *responder*, que

(1) *Lib. 1.º de Orat. c. 18.*

es oficio de los jurisconsultos: 2.º *obrar*, cosa propia de los abogados i procuradores, que proponen las solicitudes de sus clientes en el foro con arreglo al formulario de la práctica; y 3.º *precaver*, que es tambien de los abogados i de los escribanos, los que, cuando se celebra algun negocio civil, han de estar instruidos en lo que deben precaver, no sean engañados, ó el acto nulo. Añadimos además. 4.º *juzgar*, porque es oficio del juez, que oido el derecho de las partes i probados los hechos, esto es, conocido el negocio, den sentencia segun lo actuado i probado. El que reuna en sí todas estas cualidades es jurisconsulto, ó como Ciceron llama, *oráculo de toda la ciudad.*

15. A las definiciones de la jurisprudencia se añaden otras del derecho, que es ó *público* ó *privado*, cuya division no es referente sino á su objeto, pues segun su fin todo derecho es público, porque está establecido para la utilidad pùblica. De aqui, muchas veces el que llamamos privado, llaman las leyes público por la razon insinuada; sirva de ejemplo, entre otras varias, la lei 29. *ff. de testam. tut.*, que afirma ser la tutela de derecho público con respecto al fin i orígen; i en la *lei* 6. §. 1.º *ff. de excusat.*, se dice que es de derecho privado, pues entonces habla de su objeto. El *público* es el que se versa en los negocios de la república: v. g. acerca de los que mandan, de la guerra, de la paz &c. *Privado*, el que trata de los asuntos de los particulares, esto es, de lo mio i tuyo: por ejemplo, en los contratos, pactos, testamentos &c. El público

será de tantas maneras, cuantas sean las formas de los gobiernos.

Cuando trato, por ejemplo, de pedir el duplo ó cuádruplo valor de la cosa que me han robado, la accion que entablo es de derecho privado, porque pertenece directamente á mi patrimonio; mas si el fiscal persigue al ladron, pidiendo se le imponga alguna pena, esta persecucion es de derecho público, pues en ella no se trata de lo mio ó tuyo, sino de la seguridad de la república, á quien le interesa esterminar los ladrones.

16. Otra division del derecho es, *natural, de gentes ó civil*; tratamos de ella espresamente en el siguiente título.

TITULO II.

Del derecho natural, de jentes, i civil.

§. 1.° 2.° i 3.° Division del derecho: esplicacion de cada una de sus partes.
§. 4.° 5.° i 6.° Del derecho natural i de jentes: de sus subdivisiones: nueva definicion.
§. 7.° Derecho divino positivo.
§. 8.° Del universal i particular.
§. 9.° Derecho civil: su definicion.
§. 10.° Del derecho *escrito i no escrito*: concepto en que se toman sus palabras: partes que comprenden.
§. 11.° De la lei: modo de establecerse entre los romanos.

§. 12.° De los plebiscitos: personas que asistian á su formacion.

§. 13.° Que se entienda por senados-consultos.

§. 14.° Constituciones de los Príncipes.

§. 15.° hasta el 19.° Varias maneras de constituciones: de los rescriptos, decretos i edictos: si obligan como la lei.

§. 20.° Constituciones especiales llamadas *privilejios.*

§. 21.° Division de los privilejios.

§. 22.° Reglas que produce la doctrina espuesta acerca de los privilejios.

§. 23.° Edictos de los majistrados.

§. 24.° Respuesta de los prudentes.

§. 25.° Qué sean *acciones de la lei,* qué cosa *actos lejítimos.*

§. 26.° Esplicacion de la *costumbre*, i cuándo tenga fuerza de obligar.

§. 27.° Especies de derechos que hai entre nosotros.

1. El epígrafe de este título demuestra que consta de tres partes: se trata del derecho natural, del de jentes i del civil. A pesar de las divisiones dadas del derecho en el título anterior, siguen aun otras varias, como veremos.

Derecho: esta palabra se toma en varias acepciones: aquí entendemos por él *la compilacion de todas las leyes que tratan de una sola materia* (1). Segun sean las leyes que se

---

(1) *Hai otra definicion mas jeneral, i que*

contengan en un cuerpo ó sistema, así será el derecho, i de ellas tomará el nombre: v. g. si reuno en un solo libro todas las leyes eclesiásticas, tendré el derecho *eclesiástico*; si las feudales, me encontraré con el *feudal*; si náuticas, el de *marina* &c. (1).

2. Primera division; ó es *divino* ó *humano*: *divino*, el que abraza todas las leyes dadas por Dios, con el carácter de inmortales. *Humano*, el que contiene todas las dadas por los hombres, pues segun queda espuesto en el §. anterior, de tal naturaleza será el derecho, segun sean las leyes de que está compuesto; síguese necesariamente que de las leyes divinas nace el derecho divino, i de las humanas el humano.

3. El divino se subdivide en *natural* i *positivo*. Dios es supremo lejislador; el lejislador no solamente constituye la lei, sino que la pro-

---

abraza todas las especies. Derecho es lo que dicta la naturaleza, ó ha ordenado Dios, ó definido la Iglesia, ó han establecido los soberanos en sus dominios, ó las ciudades i pueblos para su gobierno particular.

(1) *Tambien se puede tomar de otras varias maneras, como dejamos dicho; ó por lo mismo que lei ó precepto, como cuando decimos: así lo manda el derecho natural, de jentes, civil, canónico; ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, i en este sentido se toma en la definicion que dá Justiniano, i la que D. Alonso el Sábio en la* lei 5. Part. 3. Sala tom. 1.° n. 1.

mulga para que llegue al conocimiento de todos, sin que pueda obligar hasta que se publique (1). Dios mismo ha hecho manifiestas sus leyes, de modo que todos los hombres pueden conocerlas; ha comunicado su divina voluntad, ó por medio de la *recta razon*, de forma que solo con la refleccion llega á conocerla el hombre; ó por la *revelacion* que se contiene en las Santas Escrituras, i en la verdadera *tradicion*. El derecho que se conoce por la razon, se llama natural; el que por la revelacion, se nomina positivo: v. g. la misma razon dicta ser ilicito el homicidio; es esto de derecho natural. Mas la razon no enseña que para entrar en el *Reino de los Cielos*, es preciso estar reenjendrado en las salutíferas aguas del bautismo: es pues esto de derecho divino positivo, pues así espresamente se dice en los Santos Evanjelios (2).

4. *Ulpiano en la lei* 1. §. 5.° *ff. de justitia et jure*, i *Justiniano* de Inst. *h. t.* definen el derecho natural diciendo: es *lo que la naturaleza enseña á todos los animales:* (3) el de jen-

---

(1) Es en estremo ridículo lo que se escribe de C. Calígula, como testifica Sueton. c. 41. *que fijaba las leyes en lugares angostos i oscuros, escritas con letras muy menudas, para que apenas se pudieran entender, i castigar á los que las quebrantasen.*

(2) Véase el de S. Marcos cap. 16. *v.* 16*: i el de S. Juan c.* 3.° *v.* 5.°

(3) La lei 2. *tit.* 2. *P. primera define el de-*

tes, *el que solo es comun entre los hombres* (1). Definiciones son estas que producen muchas disputas. Los brutos estan destituidos de razon; los que carecen de ella, no pueden estar obligados al cumplimiento de las leyes. ¿Quién será tan atrevido que dicte á los árboles la lei de que salten, al caballo que cante, al macho cabrío que guarde castidad? Carecen de razon, i por lo tanto no pueden ser obligados al cumplimiento de lei alguna. Si pues no pueden ser obligados, tampoco puede caer derecho en ellos; por tanto es falso que el derecho natural es el que la naturaleza enseña á todos los animales. Los ejemplos que en la Instituta se ponen para demostrar que en efecto es comun este derecho á los hombres i animales, son imperfectos, i de ninguna manera prueban cosa alguna. La union del macho con la hembra, de que se vale; la educacion de la prole, i el afecto ó amor á los hijos que inculca la naturaleza, tanto á los racionales como á los irracionales, es mui diverso en los unos i en los otros. Si los animales se jun-

---

recho natural de la misma manera. Véase á Sala tomo 1.º pájina 2, *en donde advierte no deberse entender esto con propiedad, pues los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho.*

(1) La misma lei 2. tit. 1. *P. primera define el derecho de jentes de casi la misma manera, i omite la subdivision del derecho de jentes en primario i secundario, que indicó Justiniano, segun veremos. Sala tomo* 1. *pájina* 3.

tan i procrean, no lo hacen por obligacion, ó sabiendo lo que ejecutan, sino guiados por un instinto é impulso natural (1).

(1) *Cómo los antiguos cayeron en semejante error, es cosa que se disputa por varios. Hai quien asegura que los* Estóicos, *á quienes siguieron los jurisconsultos, atribuian razon á los brutos. Mas no fué doctrina propia de los Estóicos, como lo insinúa Plutarco en el libro* de la industria de los animales: *ni tampoco de los jurisconsultos, como se prueba en la* lei primera, §. 3.º ff. si quadr. paup. fac., *en que se dice espresamente que los brutos carecen de razon. Es el caso que los Estóicos i jurisconsultos formaron esta hipótesis: ,,Vivir segun el derecho, es vivir segun la naturaleza.'' Esta es, ó comun á los brutos i racionales, ó solo propia del hombre: v. g. defenderse de los agresores es comun á hombres i á animales; luego esto es por derecho natural. Guardar los pactos es solo propio de los hombres, pues los animales no celebran contrato alguno; luego esto es de derecho de jentes. De aquí sacaban que la union del varon con la hembra era de derecho natural. Que esta fué la verdadera causa para dar la espresada definicion, se comprueba con la lei primera, §. 3.º i 4.º ff. de Just. et Jur. Mas si los antiguos supieron que en los brutos no caia obligacion ni se les podia atribuir derecho, ¿por qué dijeron que entre ellos habia lugar al derecho natural? Oigamos á Cuyacio, que resuelve esta dificultad.* El derecho no cae en los brutos, pues

5. Los antiguos definian el derecho de jentes en primario i secundario. El *primario* es el *que la razon natural constituye entre todos los hombres, i se observa entre todas las naciones.* Secundario, *el que ha introducido el uso, i necesidades humanas.* Se diferencian entre sí: 1.º Por razon de su orijen; el primario lo debemos á la misma razon natural, ó mas bien, Dios es su autor. El secundario lo introdujeron las naciones por pactos tácitos; v. g. que la palabra que un hombre dá obligándose debe cumplirla, lo demuestra la razon: pero que el prisionero en la guerra sea hecho esclavo, segun sucedia antiguamente, solo pudo ser efecto del derecho de jentes secundario, observándose entre todas las naciones este pácto tácito. 2.º Por la materia: el derecho primario es absoluto, porque cae absolutamente en el hombre, como hombre, v. g. adorar á Dios, observar los pactos. El secundario es hipotético, pues no tendrá lugar, sino suponiendo ciertas necesidades, ó figurando al hombre en cierto estado; p. e., el hurto no estará prohi-

---

no cabe en ellos injuria. Asi como están destituidos de razon, lo estan de derecho. Lo que los brutos hacen, lo practican incitados naturalmente; mas lo que los hombres, lo hacen por derecho natural. *Fué, pues, opinion de los Estóicos i jurisconsultos que si, por ejemplo, los brutos se defienden, es por un impulso natural. Si los hombres, era con conocimiento i razon, fundados en el derecho natural.*

bido, si no ponemos el dominio de las cosas introducido: la guerra no seria justa, si no consideramos á las naciones que recíprocamente se la hacen destituidas de jueces que declaren el derecho de cada una.

6. Vista la doctrina de los antiguos acerca del derecho natural i del de jentes, se pregunta, ¿si no se podrá definir con mas esactitud? Nadie podrá negarlo, pues los modernos, que encontraron poco arregladas á una sana lójica dichas definiciones, advirtieron, que estas no debian esplicarse, sino atendiendo al autor i á su promulgacion. Siendo Dios el autor del derecho natural, i la promulgacion efectuada por medio de la razon, perfectamente definieron el derecho natural diciendo ser *una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, i evitar lo malo* (1). Dícese en ella que este derecho está esculpido en el corazon del hombre, bajo el concepto de que con solo la recta razon cada uno lo conoce (§. 4. *tit.* 1.º *lib.* 1. *i* §. 3.º *de este título.*) (2) El derecho natural es

---

(1) *El Apóstol lo corrobora en su epistola á los romanos* 2. v. 15. *en donde dice que está escrita en el corazon aun del jentil*, dando testimonio de ello su misma conciencia i los pensamientos de dentro, que unas veces los acusan i otras los defienden.

(2) *Es falso lo que asegura* Grosio *en los Prolegomenos de su obra titulada* del derecho de guerra, i del de paz, *pues en el* §. 11. *dice, que*

inmutable, i aunque por el derecho civil se dice que puede mudarse, (1) es menester entender el sentido en que se dice, pues se distingue entre el derecho natural *permisivo*, i el *preceptivo*: el primero puede renunciarlo el jénero humano,

---

siempre habrá derecho natural, aun cuando se niegue la ecsistencia de Dios, lo que puede hacerse sin mucho trabajo, ó no haciendo caso alguno del Hacedor Supremo. *En esto padeció error, i la razon huyó del entendimiento de tal hombre. Pues el derecho es la compilacion de las leyes* §. 1.º*: luego donde no hai lei, no hai derecho; es así que no hai lei alguna donde no hai lejislador; sino ecsiste Dios, no hay lejislador; luego no habrá derecho alguno natural quitada la idea de un Ser Supremo. Puede ciertamente el ateo, negar lo ecsistencia de* Dios *i vivir segun los preceptos naturales, absteniéndose del robo, no cometiendo injurias* &. *mas esto no lo hará en obsequio del derecho, sino conducido por su propia utilidad; porque vé que en la sociedad no se permite lo contrario, i teme el castigo que de la infraccion de la lei puede sobrevenirle. Ademas, el derecho natural es inmutables*, §. 11. Ins. h. t. *pues la voluntad de Dios, de la que procede, i la razon por medio de la que se promulga, son inmutables. Si no hubiera Dios, se mudaria el derecho natural, i se haria contrario á la razon, lo que antes era conforme con ella, cosa bastante absurda.* . . . .

(1) *L.* 6. *pr. ff.* de Just. et Juræ.

como introducido en su favor: el segundo es propiamente el que no puede mudarse. De aquel solo es del que habla la lei citada: v. g. es lei preceptiva no dañar á otro; esta lei, ningun lejislador puede mudarla ó modificarla; y si lo hiciera, seria un tirano (1) Se ha de distinguir entre la mutacion del derecho, i el atemperarlo al estado de la república; pues dejando salvo el natural, solo le añade ciertas circunstancias, de las que puede hacerse cargo el lejislador: v. g. por el derecho natural, los pactos deben guardarse. El derecho civil le añade la circunstancia de que no sean nudos, sino ciertos, juntos con cierta estipulacion (2).

Queda espuesta la definicion, que los modernos dan al derecho natural: veamos la que al derecho de jentes. Este es *el mismo derecho natural, aplicado á los negocios i causas de las naciones*. No son dos derechos diversos el natural i el de jentes, sino uno solo; i el mismo derecho bajo un aspecto se llama natural, i bajo otro de jentes. Si se aplica á los negocios i causas de los privados, se dice derecho natural; si á los negocios i causas de las naciones, es derecho de jen-

---

(1) *En los Hechos Apostólicos se dice en el cap. 5.º v. 29. que cuando los Príncipes mandan alguna cosa contraria á los preceptos Divinos*, es menester, *entonces*, obedecer á Dios antes que á los hombres.

(2) *En el libro tercero se dá una esplicacion bastante estensa de esta materia.*

les; v. g. los pactos deben observarse por derecho natural; si finjimos que Juan promete á Pedro 100 duros, i despues no quiere cumplir lo pactado, decimos que ha violado el derecho natural, por que ambos son personas privadas; mas si nos figuramos que entre los españoles i franceses se forma un tratado de alianza ofensiva i defensiva, i una de las dos naciones falta á él, decimos que se ha quebrantado el derecho de jentes, no obstante que lo mismo manda el derecho natural respecto á los pactos de los particulares, que ordena se observe entre las naciones i pueblos de la tierra.

Hai quien niegue que todo lo que es de derecho de jentes secundario, pueda derivarse del derecho natural, por ejemplo la *guerra*, la servidumbre; i por tanto que se dá derecho de jentes diverso del derecho natural. Empero ha demostrado Pufendorfio que todas las cosas que suelen referirse al derecho de jentes secundario, unas son verdaderamente de derecho natural como la guerra; otras solo procedentes del derecho de jentes, i por lo tanto son mas bien del derecho civil, como la *esclavitud*, á que eran condenados los prisioneros de guerra; el derecho de *sepultura* &c. Permanece pues firme i fijo, que no se dá derecho de jentes diverso del derecho natural (1).

7. Volvamos á la primera division. El derecho era divino ó humano; el divino se subdivi-

---

(1) *Véase á Sala tomo 1.º paj. 3.*

dió en natural i positivo. Del natural hemos hablado bastante; síguese el positivo: éste no es otro sino el que no viene de la recta razon, sino está promulgado *en las Sagradas Escrituras, ó se sabe por la tradicion.* Se diferencia, pues, mucho del derecho natural, aunque uno i otro procede de Dios. 1.º El natural proviene solo de la lei eterna de Dios, promulgada por la luz de la razon: este de las Sagradas Escrituras i tradicion constante en la Iglesia: 2.º Aquel es de eterna necesidad, identificado con la razon, de modo que ella es suficiente para que lo conozcan todas las naciones: este no es de eterna necesidad, sino depende de la voluntad libre de Dios, i por lo tanto no lo supiera el hombre, si no se lo manifestáran las sagradas letras i tradicion; v. g. lo que Dios mandó á los israelitas con respecto á la circuncicion, á los sacrificios, á la prohibicion de la comida de animales impuros &c., era derecho divino; mas no era de eterna necesidad, i jamás los judíos hubieran podido conocer por solo la recta razon este derecho, á no habérselo Dios dicho por medio de la revelacion.

8. Este derecho divino positivo se subdivide en *universal i particular.* Universal llaman al que es comun á todo el jénero humano. Particular, al que solo á pueblo ó nacion, como por ejemplo, á los judíos la lei de la circuncicion, la de los sacrificios, la de la lepra, la de las ceremonias i administracion de justicia &c. (1).

---

(1) *Otras varias disputas se ajitan en este*

9. Pasemos á tratar del derecho humano ó *civil*, que pertenece á la tercera parte de este título. Se dice que el derecho civil es el que cada pueblo se constituye á sí mismo, ó que es propio de alguna ciudad. Diferencias que hai entre el natural, el de jentes i el civil. 1.º El natural es propio de todas las criaturas racionales; el civil solo de alguna nacion. 2.º El natural manda lo que es bueno, i probibe lo malo; el civil veda muchas cosas que son aun indiferentes, pero que así lo ecsije la utilidad de la república; v. g. cazar no es malo; empero el derecho civil puede prohibirlo, como sucede entre nosotros en los tiempos que llaman de veda. Toda lei que sancione cada pueblo, se llama derecho civil. Se deduce de aquí, 1.º: que el derecho civil no es propio de todas las jentes, ó lo que es lo mismo, no es uno mismo en todas las naciones. 2.º Que habrá tantas clases de derecho civil, como ciudades ó repúblicas. 3.º Como la mayor parte de las naciones civilizadas adoptaron mucha parte del derecho romano por su equidad, por antonomasia se llama *derecho civil* al romano.

10. El derecho civil se divide en *escrito* i *no escrito*. Es menester advertir que aquí no se entiende en sentido gramatical esta voz *escrito*, esto es, que por que lleva este nombre precisamente haya de estar escrito, pues se dá derecho que llamamos escrito, que jamás fué pues-

---

lugar, mas por ahora las omitimos, pues no pierden los principiantes nada ignorándolas.

to en letras; i hai tambien derecho no escrito que está reducido á escritura. Por escrito entienden los jurisconsultos *el que está espresamente promulgado*; i no escrito, el que *jamas se promulgó*. Cualquiera derecho, pues, que esté espresamente establecido, ora por escrito, ora por voz pública de pregonero, ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, aunque no esté reducido á escritura; v. g. los lacedemonios usaron de derecho escrito, gobernándose por las leyes de Licurgo, aunque jamas se escribieron. Cuando se introduce un derecho tácito, aunque despues sea puesto por escrito; sin embargo, como le falta la promulgacion, se llama no escrito; v. g. las costumbres feudales (1). Las especies del derecho escrito son seis. 1.° La que se llama *lei*; 2.° *el plebiscito*; 3.° *el senado-consulto*; 4.° *las constituciones de los Príncipes*; 5.° *edictos de los Majis-*

---

(1) Justiniano se equivocó cuando dijo §. 10. Inst. h. t. *que esta division procedia de las costumbres de los lacedemonios i atenienses; como si los primeros hubieran usado del derecho no escrito, i los segundos del escrito: mas en verdad tanto en una como en la otra ciudad hubo derecho escrito, pues Licurgo, no menos que Solon, promulgó solemnemente sus leyes, aunque no quiso consignarlas en escritura. Erró pues Justiniano, á no ser que entienda en sentido gramatical la voz de* escritos, *pues bajo este aspecto puede solo decirse, ó afirmarse.*

trados; 6.º *las respuestas de los prudentes.* Este es el órden con que se numeran en la Instituta. Si el derecho que forma las respuestas de los prudentes se llama escrito, hai una lei en las Pandectas que lo contradice (1), pues en ella se afirma, que *sin escritura, proviene este derecho, consistiendo en la sola interpretacion de los prudentes.* Esto se salva con mucha facilidad, si distinguimos de tiempos ó épocas. Las respuestas de los prudentes en un principio fueron de derecho no escrito, porque jamás se promulgaron como leyes, sino tácitamente introducidas en el foro. Mas por cuanto Justiniano las recopiló en el Dijesto, §. 9. *c.* 1. *Proem.* i mandó se observasen como leyes, empezaron desde entonces á ser de derecho escrito.

11. La primera especie del derecho escrito es la *Lei.* No se toma en el sentido moderno, que todo precepto de los sumos imperantes se llama lei (2); sino en sentido romano. La historia nos enseña el modo con que las leyes se establecian entre los romanos. En primer lugar, la lei que se queria dictar, la meditaba i escribia el cónsul, ó el pretor, ó el dictador, ó cualquiera otro majistrado superior, i la presentaba al Senado

(1) *L.* 2. §. 5. *i* 12. *ff. de orijine juris.*

(2) *La lei* 4. *del tit.* 1. *P.* 1. *la define asi.* Leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito, que liga é apremia la vida del home que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el home debe facer é usar.

para su ecsamen. Si el proyecto agradaba, se hacia un senado-consulto llamado de *lege ferenda*, en el que se ventilaba aquel proyecto, i lo aprobaba en todas sus partes, ó lo modificaba, ó variaba. Hecho esto, se proponia al pueblo, estando para su instruccion fijado en los sitios públicos acostumbrados por el espacio de 27 dias, á cuyo período de tiempo llamaban *trinundinum*. Pasado este término, se citaba á Comicio, que equivale á junta popular, en el que tenian voz i voto todos los ciudadanos en el goce de sus derechos. Junto el pueblo, se dividia este en centurias, decurias ó tribus, conforme á la época en que se celebraba el Comicio. Se principiaba con sacrificios espiatorios, i hechas las libaciones de costumbre en obsequio de los Dioses tutelares, el majistrado del Senado leía el proyecto que iba á sancionarse, concluyendo con la fórmula, *¿queréis i mandais, Caballeros Romanos, que se reciba esto por lei?* Entonces se le distribuia á cada ciudadano dos tablitas; una en que estaba escrita una *A*, lo mismo que decir, *anticua probo*, no la quiero; otra con *V. R. uti rogas*, como lo pides. En seguida los ciudadanos por centurias, decurias ó tribus, iban hechando una de las dos tablitas en una caja ó arca. A cada ciudadano le era permitido arrojar dentro cualquiera de las dos, pues tenia facultad para aprobar la lei, ó reprobarla. Contados los sufrajios, si resultaban mas tablitas con la letra *A*, que con la *V. R.* se tenia la lei como desechada del pueblo; al contrario, se promulgaba como sancionada por la multitud, si habia mas con la

V. R. Con estos preliminares, aunque imperfectos, se podrá ya definir la *lei* diciendo: es lo que *el pueblo romano constituia rogado por el majistrado del Senado, como el Cónsul, Pretor ó Dictador*. En el estado de independencia de la república, eran dos los requisitos de la lei. 1.º Que esta fuese sancionada por todo el pueblo, que se componia de patricios i plebeyos. 2.º Que se hiciese rogando el majistrado ó presidente del Senado.

12. Con estos antecedentes tenemos lo bastante para ver la diferencia que hai entre la lei i el *Plebiscito*; adviértense las siguientes. *Primera*. El Plebiscito se hacia, no por todo el pueblo, sino solo por los plebeyos (1). *Segunda*.

---

(1) *Habiendo los romanos arrojados á los reyes de la ciudad, i tomado otra nueva forma de gobierno, se suscitaron grandes controversias entre los patricios i plebeyos; los unos querian establecer la* aristocracia, *i los otros la* democracia, *por cuyo motivo principió una gran desavenencia entre el pueblo i el Senado, que se aumentó con las tiranías que los patricios comenzaron á ejercer en los plebeyos, de suerte que estos desesperados, se refujiaron al monte* Sacro, *i protestaron, hechos fuertes en él, no volver á la ciudad hasta que no se les permitiese elejir entre su clase un majistrado particular, esto es, un tribuno, que los defendiese de las injurias que los cónsules i el Senado les hacian. Despues de varias contestaciones, obtuvieron este majistrado.*

Las leyes se constituian en el campo *Marcio* ó de Marte, Dios de la guerra, i los plebiscitos en el Capitolio, en el círculo *Flaminio*. *Tercera*. Para establecer una lei debian juntarse todas las órdenes del pueblo; para el plebiscito solo los plebeyos. *Cuarta*. Para hacer admitir una lei, debian juntarse los comicios, divididos por centurias, decurias ó tribus todos los ciudadanos; para el plebiscito, se reunian solo los tribunos, i no habia necesidad de senado-consulto de *lege ferenda*. Tenemos, pues, que plebiscitos son *lo que determinaban los majistrados plebeyos, sin asistencia de la otra clase del pueblo*.

Los tribunos siendo sacrosantos, ó lo que es lo mismo, inviolables, no hicieron nada mas que atribuirse por grados una potestad, que produjo con el tiempo una verdadera democracia. Principiaron á sancionar leyes, á cuya formacion no asistian mas que los plebeyos, i solo se confirmaban con los sufrajios de estos; á sus decisiones llamaron Plebiscitos. *Con estos se suscitaron nuevas quejas. El Senado, ó los padres, no solamente resistian se hiciesen semejantes leyes, sino tambien negaban, que en caso de establecerlas, les comprendiesen á ellos. Despues de muchas discordias, en el año de la fundacion de Roma 304, M. Horacio, cónsul, estableció la lei llamada* Horacia, *por la que se mandaba que lo que estableciese el pueblo, obligase tanto á los patricios i senadores, como á los mismos plebeyos. Eludida la lei*

13. La tercera especie del derecho escrito son los llamados *Senados Consultos*, que han de considerarse en la segunda época del imperio, pues los senados-consultos *en tiempo de la república libre* eran mui diversos de los celebrados en *tiempo de los Emperadores*. En la primera época se hacian senados-consultos, mas no eran leyes, porque el Senado no gozaba de la potestad lejislativa: estos no eran mas que *decretos acerca de las cosas que estaban á su cuidado*: v. g. de hacer las leyes, sostener las provincias, procurar el bien de los soldados &c. Estas atribuciones del Senado, aun en tiempo del

---

Horacia con nuevas cavilaciones, en el año 414 *de la fundacion de Roma, se publicó la lei Publilia, de Q. Publilio Filon, dictador, por la que todos los quirites, ó caballeros romanos, estaban obligados á la observancia de los Plebiscitos. Por último, terjiversada por los padres dicha lei, la plebe animada del espíritu de rebelion, se acojió al monte* Yaniculo, *i no quiso volver á la ciudad, hasta que Q. Ortensio, dictador, año* 456 *de la f. de R., promulgó la lei llamada de su nombre* Ortensia, *restableciendo las de Horacio i Publilio. Desde esta época, en cuanto á los efectos, no hubo diferencia alguna entre las leyes propiamente asi dichas, i los plebiscitos: una i otro obligaba á todo el pueblo; casi todas llevan el nombre del tribuno que presidió*, como la *lei* Aquilia, Falcidia, Atilia &c.

ma de gobierno que adoptó el imperio, todo el derecho del pueblo se transfirió á los Emperadores; por esta causa los senados-consultos empezaron á hacerse raros, i por la mayor parte comenzó á establecerse nuevo derecho, con las constituciones de los Príncipes.

14. La cuarta especie de derecho escrito son las *Constituciones de los Príncipes.* Son estas *la voluntad del Soberano, pues todo lo que quiere se guarde como lei tiene fuerza de tal.* Hemos dicho que si los príncipes quieren, tienen sus determinaciones fuerza de lei; por lo que, ni sus cartas privadas valen por leyes, ni los rescriptos dimanados de los ruegos de algunos particulares; porque siempre pueden reclamarse como subrepticios, si las preces no van adornadas de la verdad. Asi pues, las Constituciones de los Príncipes son leyes, si ellos quieren.

15. Estas Constituciones son unas *jenerales* i otras *particulares*, ó especiales. Jenerales son las que el Príncipe quiere que obliguen á todos; como si se estableciese la lei de que todo el que salga de su casa de noche sin luz, pague cierta multa, sin distincion de personas. Por el contrario, especiales son las que fuera del órden regular se conceden á un hombre, ó á alguna corporacion, sin que sea trascedental á los demas ciudadanos. v. g. Si el Príncipe concede á Juan la cruz de Carlos 3.°, ó á una hermandad tal gracia; lo mismo que cuando se manda castigar á un delincuente con pena mayor ó menor de la marcada por las leyes. Estas constituciones especiales se llaman tambien privilejios. Las jenerales se

subdividen en *Rescriptos*, *Decretos*, i *Edictos*.

16. Rescriptos son: *las respuestas que da el Príncipe á los libelos que en consulta le envian las partes, ó los majistrados.* Muchas veces los particulares elevan á las manos del Príncipe letras suplicatorias, solicitando se les atienda sobre esta ó aquella injuria que han recibido: otras veces los majistrados, las universidades, los municipios, ó las colonias consultaban á los Príncipes, i cualquiera cosa que entonces respondian, se llamaba *Rescripto*. Estos toman diversos nombres, segun es la consulta; pues si el Príncipe responde á la de un privado, su resolucion se llama *Anotacion* ó *Subnotacion*: si á la de un majistrado, se dice *Carta*; si á universidad ó corporacion, se titula *Pragmática-sancion*.

17. Pasemos á las constituciones llamadas *Decretos*, que eran *Constituciones por las que los Príncipes, conocidas las causas, ó daban sentencia, observando las ritualidades de los juicios, ó de plano sin estrépito ni fórmula determinaban el negocio.* Muchas veces las causas graves se llevaban en apelacion á los mismos Príncipes, ya fuesen civiles, ya criminales (1). En Roma habia un consejo compuesto de jurisconsultos, que se reunian en el palacio del Emperador, i

---

(1) *En los Hechos de los Apóstoles*, Act. 25. v. 11, 12, *tenemos un ejemplo en S. Pablo, pues acusado de sedicioso, apelando para ante el César, fue remitido á Roma.*

tenian la comision de oir las causas, é instruir al Príncipe para que diese sentencia. Oidas, pues, las partes, la sentencia que pronunciaba el Príncipe se llamaba *Decreto*. Hai diferencia entre los Decretos i las llamadas *Interlocuciones*, pues estas eran las sentencias que el Príncipe daba de plano i sin estrépito de juicio.

18. Los Edictos son unas constituciones, por las que el Príncipe constituye algun derecho nuevo de *motu propio*, para la utilidad de todos sus pueblos. Se diferencian de los rescriptos, en que los edictos son dados *motu propio*, i estos á solicitud ó ruegos de un particular ó de una corporacion. Se distinguen tambien de los *mandatos*, pues los edictos obligan á todos los ciudadanos, i los mandatos solo á ciertas personas: p. c., á los jenerales de ejércitos belijerantes se les dan ciertas instrucciones, ó sean mandatos, que solo á ellos obligan.

19. Con estos antecedentes fácilmente se esplica la tercera duda que sobre el particular se suscita, de si las constituciones de los Príncipes forman derecho. Por lo que respecta á los *Rescriptos*, no siempre hacen derecho, ni sirven de nada, cuando las preces han sido falsas; pues los Príncipes no estiman por suficiente el que se esté á la simple narracion de una de las partes, sino bajo la tácita condicion de que *las preces son ciertas* (1).

---

(1) *Téngase presente lo ordenado por la* l. últ. C. de divers. princ. rescr., *que establece no*

Con respecto á los decretos ha de observarse la siguiente regla. Los decretos ó sentencias de los Príncipes solamente forman derecho entre las partes: son sentencias, i estas no son leyes, sino aplicaciones de ellas, por lo que no hacen derecho sino entre las partes. Esceptúanse dos casos: 1.° Cuando el Príncipe juntamente declara la lei obscura, pues entonces aquella declaracion se tiene por lei. 2.° Cuando el Príncipe ordena que del propio modo i en casos iguales los tribunales de justicia fallen de la misma manera que él lo ha efectuado en aquel negocio.

Acerca de los *Eidctos* hai la siguiente regla. Son siempre leyes, pues teniendo vigor de lei las Constituciones de los Príncipes, siempre que estos quieran que su voluntad obligue á todos,

---

sean de algun valor, ni surtan efecto estos rescriptos, si el Príncipe no suscribe en ellos; añadiendo el dia de su despacho, espresando igualmente el cónsul de aquel año, i lugar en que se dió. Nótese tambien que antiguamente el Príncipe firmaba con una tinta de color de púrpura, sacada de la sangre de un pececillo, á la que se llamaba tinta sagrada, *que, fuera del Príncipe, á nadie era lícito usar. Tampoco valia el rescripto, si era alcanzado con perjuicio de tercero, ó se concedia contra la pública utilidad; pues entonces es la voluntad del Príncipe no valga, debiendo obedecerse i no cumplirse hasta aguardar la resolucion á la representacion que se hace. Véase á Sala tomo 1.° t. 1.*

los edictos tendrán fuerza de lei.

20. Bastante se ha tratado de las *Constituciones jenerales*; síguense las *especiales*, que se llaman Privilejios, que equivale á si se dijese leyes privadas. Es pues el privilejio una lei singular, i puede definirse diciendo, son *unas constituciones, por las que el sumo imperante concede alguna gracia, atendiendo al mérito de una persona; ó la castiga con mas rigor que el que la lei señala, mas que no se traen á ejemplo.* Con lo dicho puede responderse á todas las preguntas que sobre el particular se hacen. *Primera.* Si los privilejios realmente pueden llamarse leyes. Son del todo leyes, pues son mandatos del sumo imperante. Puédese objetar que no obligan, pues el privilejiado puede renunciar su derecho, i abstenerse de la gracia. Empero se responde á esto que obligan á todos, no á los privilejiados, sino á los que no lo son; pues los demas ciudadanos ni pueden usar del mismo privilegio, ni estorbar á los privilejiados usen de él; i bajo este supuesto se llaman leyes. *Segunda.* Si hai diferencia entre los privilejios i los llamados *derechos singulares.* Estos últimos son unos beneficios concedidos á ciertas personas, órdenes ó secso: p. e., los menores gozan del beneficio de la restitucion llamada *in integrum;* las mujeres, por razon de su dote, de la hipoteca tácita en los bienes del marido, i por ella es preferida á los demas acreedores. Estos derechos singulares se llaman muchas veces privilejios; mas se diferencian propiamente de los asi llamados, pues estos se impetran de los Príncipes, i

aquellos se dan por la lei, aun no pidiéndolos; ademas, los privilejios se conceden á ciertas i determinadas personas; i por lo tanto son llamados leyes privadas; mas los derechos singulares, á muchas personas del mismo órden, secso, condicion i edad.

21. De esta definicion emana la *division de los Privilegios especiales.* Siendo estos constituciones por las que el Príncipe, *ó por el mérito concede alguna gracia*, *ó castiga* con mas rigor de lo que la lei ya establecida señala, §. 2.°, es de consiguiente que son *favorables* ú *odiosos.* Serán favorables, cuando por el mérito de la persona se le concede alguna gracia, como p. e. esceptuándola de contribuciones. Odiosos, cuando se castiga al delincuente con una pena mayor de la que la lei con anterioridad tiene señalada. Se suscita la disputa de si los privilejios odiosos son lícitos. En tiempo de la República libre estaban prohibidos por las Leyes de las doce Tablas (1), i jamas se conocieron sino en tiempo de algunos tribunos turbulentos, como P. Clodio, que le puso á Ciceron el interdicto de agua i fuego, i consagró su casa cuando la lei no mandaba semejante pena. Los príncipes pueden castigar con mas rigor en algunas ocasiones, si lo juzgan necesario para contener ciertos desórdenes que se van haciendo demasiado frecuentes, acaso porque las penas con

---

(1) *Lei primera. Tabla IX.*

que están amenazados sus perpetradores, son demasiado leves (1).

Por último, los privilejios se conceden atendiendo ó á la *persona*, ó á la *causa*: aquellos son los que se dan á las personas, i espiran con ellas mismas: v. g. el privilejio del fuero. Estos siguen á los herederos, tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades &c. (2).

22. La doctrina que dejamos espuesta, produce los acsiomas siguientes. 1.º Los privilejios solamente los concede el Príncipe, por la razon espuesta en el §. 20; pues son leyes, i el poder lejislativo corresponde solo al Soberano. 2.º Es del sumo imperante establecer la manera en que se ha de entender este beneficio.

23. La quinta especie del derecho escrito son los *Edictos de los Majistrados*, que entre los romanos no tenian solo la atribucion de pronunciar sentencia entre las partes, sino tambien el derecho de publicar edictos, en los que señalaban de que modo, con que órden, i en que dias habian de administrar justicia en su tribunal. Tales edictos se fijaban en la *ciudad* por el *pretor*, al principio del año de su majistratura, i en las *Provincias*, los *procónsules* i *propretores*, en las que tenian tanta autoridad como el pretor en Roma. Como estos no han tenido jamas una auto-

---

(1) *De esta libertad no gozan los majistrados, porque conceder privilejio es propio del sumo imperante.*

(2) *Véase á Sala* tomo 1º. tít. 5. n. 8.

toridad soberana, cuando iban contra la disposicion espresa de la lei, estaban obligados á valerse de algunos pretestos, i dar algun colorido, para hacer valer sus interpretaciones, haciendo de modo que pareciesen estaban sacadas de la misma lei, aunque fuesen á la verdad contrarias á los términos con que su disposicion se concebia, *mudando* para ello el derecho antiguo, *ayudándolo, supliéndolo*, i *corrijiéndolo*. Esto lo hacian: 1.º Inventando nuevos vocablos: v. g. dando *la buena posesion* en lugar *de la herencia*. 2.º *Introduciendo nuevas acciones*: v. g. la de *constitutæ pecuniæ*. 3.º *Dando escepciones*, cuando la lei negaba la accion: v. g. la escepcion del pacto. 4.º *Restituyendo* á los menores *in integrum*, á los ausentes, i á los que habian padecido algun daño. 5.º *Introduciendo ficciones* (1).

---

(1) *A esta parte del derecho escrito llama Justiniano* derecho honorario. *Si se atiende á la naturaleza del derecho civil, este otro de los pretores propiamente no lo és, pues siendo aquel unas ordenanzas que provienen del poder lejislativo, no reconocieron los romanos por verdadero derecho, sino la lei que era hecha por el pueblo; i despues las* Constituciones de los Emperadores. *Por esta razon, no puede desirse que los edictos de los pretores hacen parte del derecho civil; al contrario, el derecho honorario es en muchos lugares opuesto al civil, tomado este en su propia significacion, de ser el que proviene directamente de la autoridad soberana; i solo hará parte, cuando se*

Estos edictos poco á poco fueron obteniendo autoridad por el uso que se les dió en el foro. Al principio de cada año se proponia un nuevo edicto, i en varias ocasiones se mudó dentro del mismo año. Por la lei Cornelia, año 586 *de la f. de R.*, se mandó que los pretores administrasen justicia con edictos perpétuos, esto es, que no pudiesen mudarlos en el discurso del año de su majistratura. Por último, en tiempo de Adriano se conpuso el edicto perpétuo por el senado consulto *Salvio Juliano;* compilando todo lo que pa-

---

le dé una aplicacion mas estensa. Dice el Emperador que los edictos de los pretores no tienen poca autoridad, *queriendo espresar con esto, que aunque no tengan una plena i entera autoridad, no menos que por el consentimiento tácito del pueblo, es mirado en alguna manera como leyes. En efecto, despues que el pueblo dió á los pretores el poder de interpretar la lei, fueron la voz viva, para hacer conocer el sentido i el verdadero espíritu de ellas. Los* ediles curules *podian tambien hacer edictos sobre ciertas materias; p. e. tocante á las cosas que estaban en venta, i las pertenecientes á la seguridad de los caminos, ó limpieza de las calles. Habia dos especies de derecho honorario, uno llamado* Pretorio *i otro* Edilicio. *Ademas de los ediles curules, se conocian* ediles plebeyos *i* ediles ceriales. *En las ciudades que gozaban del privilejio de municipios, habia otros ediles, que conocian de la policia, de los pesos, medidas &c.*

reció mejor de los que andaban estravagantes, i de los provinciales. Ademas, estos edictos son aquellos que con bastante frecuencia se citan en las Pandectas (1).

---

(1) *Adriano, natural de Itálica, fué el primer Emperador que compuso un cuerpo sistemático de leyes, pues parece, en efecto, que la gloria de ser el primer lejislador de los romanos i juntamente de todos los hombres, estaba reservada para este Príncipe español, á quien Roma por este motivo dedicó particulares monedas, que no fueron parto de la vil lisonja de los súbditos, sino del verdadero mérito del Soberano. Habiendo resuelto emprender tan grande obra, no se fió de su propia doctrina, mostrando en esta misma desconfianza la mucha prudencia de que estaba dotado. Se aconsejó con los senadores romanos, i llamó para ayudantes i consultores á los mejores lejistas de aquel tiempo, en particular á* Julio Celso, *á* Naracio Prisco *i á* Salvio Juliano, *á quien puso á la frente de los demas, porque lo tenia por el mas sábio de todos. Con tan buenas disposiciones se recojieron todos los edictos antiguos, i se confrontaron i templaron: se borraron las leyes injustas, i tambien las inútiles: se añadieron otras nuevas con mayor prudencia i equidad: se limitó el despacho de los juicios i de las causas: se compuso finalmente despues de largas meditaciones aquel cuerpo de Jurisprudencia, que intitularon* Edicto Perpetuo. *Desde entonces quedaron abolidas todas las constituciones mas antiguas, i aun*

24. La sesta, i última especie del derecho escrito es las *Respuestas de los Prudentes*, que no son otra cosa, sino las *sentencias i opiniones de quellos á quienes les era permitido responder acerca del derecho*. En un principio todos los jurisconsultos podian responder, aun cuando no fuesen consultados, respecto al modo é intencion con que se habia de entender esta ó la otra lei; mas los Emperadores atajaron el mal que precisamente ocasionaba en el gobierno semejante facultad, concediendo solo á ciertas personas esta gracia, de forma que sus determinaciones tenian tal autoridad, que aun los mismos majistrados no podian apartarse de sus respuestas §. 9. *i nota ; cap.* 1. *Proem.* Antes de Augusto, i aun en su tiempo, las respuestas de los jurisconsultos, no eran de gran peso; empero este César les acordó en jeneral el poder de responder sobre las cuestiones del derecho;

---

las famosas leyes de las doce tablas ; i se recibió en todo el mundo la nueva lejislacion , que todavia prosigue en respetarse en las Pandectas, *formando mucha parte de él con las leyes de Adriano.* Ninguna lei romana , *dice Heineccio*, ningun decreto de Senado, ninguna constitucion de príncipe , ha tenido jamas tan larga duracion i tan estable , como el edicto perpétuo , que puede llamarse con verdad la mejor muestra de la prudencia lejislativa, el fundamento de toda lejislacion , i la obra , en este jénero, mas perfecta de todas como le pareció con mucha razon al Emperador Justiniano.

Tiberio les restrinjió el privilejio, prohibiendo tuviesen autoridad sus decisiones, escepto la de los que tenian un poder especial del príncipe para responder. Esto dió márjen á que empezasen á tener autoridad, i Valentiniano 3.° les dió á sus decisiones fuerza de lei. De aqui pues los jurisconsultos interpretaban el derecho, i por raciocinio sacaban conclusiones que no estaban *espresas en sus palabras*. En los casos de controversia, muchas veces las resolvian, despues de haber disputado entre ellos el asunto en el foro ó en el templo de *Apolo*. Otras muchas, daban sentencia en consulta, de las que nacieron las acciones que llamaron de la lei, i los actos lejítimos.

25. *Las acciones de las leyes i los actos lejitimos*, *se entendian* de este modo. Las primeras pueden mirarse bajo dos sentidos; ó se toman por las acciones i sus fórmulas, v. g. la accion de la *rei vindicacion*, *la peticion de herencia* &c. ó por actos de voluntaria jurisdiccion, celebrados con toda solemnidad delante del majistrado. La jurisdiccion es, ó voluntaria, ó contenciosa. *Voluntaria* la que se esplica administrando justicia sin contradiccion de tercero, v. g. la *manumision, la adopcion* &c.: *contenciosa*, la que ecsije conocimiento de causa, siendo necesario intervenga juez, actor i reo (1). Los actos de voluntaria jurisdiccion podian ejercerse delante de cualquiera juez, como estuviesen revesti-

---

(1) Actor *se llama en derecho á la parte que pide:* reo, *aquella contra quien se pide.*

dos de la accion de la lei; mas la contenciosa, delante de juez competente; i porque tambien el acto de jurisdiccion voluntaria habia de esplicarse solemnemente, se llamaban uno i otro acciones de la lei.

Los *actos lejítimos* son unos negocios solemnes, mas no esplicados delante del majistrado: v. g., la adicion de herencia, la mancipacion &c.; estos requerian tres cosas. *Primera.* Que se hiciesen solemnes ó públicamente. *Segunda.* Que no interviniese procurador. Y *Tercera.* Que se hiciesen puramente, no *in diem* ó *bajo condicion* (1). En la herencia se vé esto con bastante claridad, pues era necesario, para adirla, recitar la fórmula de la adicion; era preciso que la adiece el mismo heredero, no por procurador puramente, i no bajo condicion &c. (2)

26. Dijimos que el derecho se dividia en escrito i no escrito §. 10: solo queda ya que tratar de la última, que es del *no escrito*, que por otro nombre se llama *costumbre*. Para entender su definicion ha de tenerse presente que la causa única que ha motivado el establecimiento del mayor número de leyes, ha sido la sola voluntad del sumo imperante. Si, pues, se establece alguna lei, i se promulga segun la fórmula del pais, esta será lei escrita; mas si tácitamente concede algo, como si se observa alguna cosa

---

(1) *En el §. 16. del libro 2.°, capítulo 14. se esplica con claridad toda esta doctrina.*

(2) *Véase el §. 17. del tít. 14. lib. 2.°*

por costumbre, esta se llamará de derecho no escrito (1). *Costumbre* no es otra cosa que *la repeticion de actos homojéneos practicados por un pueblo ó por la mayor parte de él, sabiéndolo i consintiéndolo el Príncipe.* Con estos preliminares entenderemos fácilmente estas cuatro cosas. *Primera.* Que la costumbre ha de probarse para que valga en juicio: la lei no, pues por la promulgacion á todos es manifiesta; i la costumbre introduciéndose tácitamente, requiere de precision, cuando se quiera que surta efecto, probarla, tanto por la diuturnidad de los tiempos, como por la frecuencia de actos uniformes. *Segunda.* La costumbre tiene la misma fuerza que la lei, pues una i otra procede de la voluntad del lejislador, con la sola diferencia que por la primera manda lo que juzga útil el Soberano espresamente, i por la segunda tácitamente. *Tercera.* La costumbre deroga á la lei anterior (2):

---

(1) *Solo en el réjimen monárquico habrá costumbre, pues en el republicano, como introducida por el pueblo, que tiene el poder legislativo, será lei como las demas.*

(2) *La costumbre lejítima tiene fuerza de lei, i de consiguiente sus efectos, no solo cuando no hai lei en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria, i para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre. De aqui viene el decirse que hai costumbre fuera de la lei, contra la lei, i segun la lei:* fuera de la lei, *cuando*

es la razon por que, teniendo fuerza de lei, la lei posterior deroga á la anterior en cuanto le es contraria. *Cuarta.* La costumbre que se opone al derecho natural, no es costumbre, sino corruptela, i no produce efecto alguno, porque como repugnante á la razon no se presume que el lejislador quiera se observe entre los súbditos: así como el Príncipe puede abrogar ó derogar la lei, con mas motivo podrá la costumbre absurda i perjudicial á las buenas costumbres (1).

27. Estas especies de derecho se observan entre nosotros con las modificaciones siguientes: Tenemos las llamadas leyes, cuyo oríjen proviene de los ordenamientos de las *Cortes*, cuando se usaron en Castilla, en las que se establecian leyes, á cuya formacion asistian los magnates del pueblo i del clero, en union de los procuradores de las ciudades, los que juntos en el lugar que se señalaba, hacian sus peticiones al Rei, el que las otorgaba por lo regular. Habiendo justamente cesado aquellas, el Rei espide decretos, que obligan á todos, i á consulta ó peticion del Consejo de Castilla, se promulgan las que llamamos Pracmáticas-Sanciones con fuerza de lei. El Mo-

---

no hai esta, i nos rejimos solo por la costumbre: contra la lei, *cuando esta manda alguna cosa, i por la costumbre se observa todo lo contrario:* segun la lei, *cuando ella i la costumbre van de acuerdo.*

(1) Véase á Sala tomo 1. *lib.* 1. *tít.* 1. *nú.* 10. 11. *i* 12.

narca concede privilejios, los que son ó favorables ó adversos. Los majistrados en sus respectivos distritos pueden tambien, segun sus atribuciones, publicar autos que llaman *de buen gobierno*, i espedir órdenes conforme al instituto de su autoridad. Hai tambien *costumbre*, que forma la segunda especie de derecho, que llamamos no escrito (1). En nuestra España la lei es *un precepto comun impuesto por el sumo imperante, que obliga á todos las súbditos, para que ajusten sus acciones á sus mandatos.* Se dice que es un *precepto*, porque la lei obliga; de aquí la permisiva propiamente no es lei, porque no obliga: *comun*, para que se distinga del privilejio; tambien se diferencia del *mandato* del Soberano, pues solo obliga al mandatario: del *sumo imperante*, porque este solo establece la lei: *que obliga á todos los súbditos*, pues tal es el carácter de la lei: *para que arreglen sus acciones á sus mandatos*, i esto se entiende de las acciones humanas que previenen del entendimiento i la voluntad; no de las naturales, pues á estas ninguna lei obliga, mas que las de la naturaleza.

Justiniano dividió su obra de tal modo, que primero trata de las *personas*, en seguida *de las cosas*, i por último de las *acciones*, que son los

---

(1) *El que quiera tomar un conocimiento mas estenso, puede leer el Proemio de las Instituciones de Asso i Manuel, i á nuestro Sala en su* Breve historia sobre el derecho de España.

tres objetos del derecho: por este mismo orden, empezamos desde el título siguiente á tratar de las personas.

TITULO III.

Del derecho de las Personas.

§. 1.º Diferencia por derecho entre *hombre* i *persona*.
§. 2.º Qué cosa sea estado de los hombres; su division.
§. 3.º i 4.º Division de los hombres segun el estado natural i el civil.
§. 5.º i 6.º Qué sea servidumbre, qué libertad, cuál se diga *injenuo* i *quién libertino*; por qué la servidumbre se opone al derecho natural.
§. 7.º 8.º i 9.º De los varios modos de constituirse la esclavitud: esplicacion de cada uno de ellos.
§. 10.º Diferencias entre los mismos esclavos.

1. Hombre i *Persona*, en sentido gramatical son sinónimos, mas por derecho diferentes. Todas las personas son hombres, mas no todo hombre es persona. Es *hombre* el que tiene un alma racional, en un cuerpo humano: *Persona*, es el hombre considerado con *estado*. Asi el que no tiene estado, no es persona. En esto siguieron los jurisconsultos á los cómicos, pues estos en las

tablas son hombres, i solo llaman persona á los que representan algun personaje: del mismo modo los jurisconsultos tienen por persona al que representa v. g. un padre de familias, ó un ciudadano.

2. Se pregunta ¿qué sea *estado*? *Es una cualidad, con respecto á la cual los hombres gozan de diversos derechos*: v. g. el de ser hombre libre ó esclavo, ó ciudadano ó peregrino; por lo que la libertad i la ciudad se llaman estado. Tambien se llama al estado cabeza, i por esto se dice que *el siervo no tiene cabeza*, i el que pierde el estado de ciudad, ó de libertad, ó de familia, sufre *disminucion de cabeza*.

3. Los jurisconsultos dividen el estado en dos partes: en *estado natural* i en *estado civil*. Llaman *natural* al que se tiene por la misma naturaleza: p. e. que unos son varones, otros hembras; unos han nacido, otros están por nacer, ó en el vientre de sus madres (1). En segundo lugar hai tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres entre padres é hijos; entre mayores de edad i menores, i entre ellos hai la notabilísima diferencia de competir á los que no tienen 25 años, cuando recibieron perjuicio antes de cumplir esta edad, la restitucion *in integrum*, de la que se hablará en su lugar. *Civil*, el que procede del derecho civil, diferen-

---

(1) *Estos, cuando se trata de su comodidad, se consideran nacidos. Sala. tomo 1. tit. 2. n. 2.*

ciando entre los hijos i los esclavos; entre los ciudadanos i los peregrinos; entre los padres i los hijos de familia. De aqui el *estado civil* es de tres maneras: de *libertad*, segun el cual unos son libres, otros siervos: de *ciudad*, por el que unos son ciudadanos, otros peregrinos: i de *familia*, por el que unos son padres de familias, otros hijos. Con estos preliminares se puede comprender fácilmente el acsioma de derecho que dice: todo el que no goza de uno de estos tres estados, no es persona, sino cosa, aun cuando es hombre.

4. Un ejemplo aclarará mas la doctrina propuesta. El esclavo es hombre, pero no persona. Es hombre, porque tiene un alma racional infundida en un cuerpo humano. Es persona, solo con respecto al estado natural, porque es ó varon ó hembra; mas no es persona en concepto civil, pues ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni menos hijo de familia. Véase porque en el derecho se dice que *no tiene cabeza*. Como no era persona, su señor podia matarlo; jamas caía en él injuria; tenia facultad su amo para venderlo, donarlo, legarlo, darlo *in noxiam*: tampoco podia casarse, ni tratar, ni hacer testamento, ni nada poseía, porque no era persona.

5. Estas, en sentido natural, no en el civil, ó son *hombres libres*, ó *siervos*. Llámanse hombres libres, los que no están en justa servidumbre, pues si alguno sirve injustamente, p. e., el que es retenido por ladrones, está en servidumbre, mas no es esclavo, sino libre. Son *esclavos*, los que sirven á otro por justa servidumbre. Se

dice por *justa servidumbre*, que la constituyen las causas que se espresarán mas abajo. Los hombres libres ó son injénuos ó libertinos. *Injénuos*, los que jamas han estado en esclavitud, sino desde el momento de su nacimiento fueron libres. *Libertinos*, los que habiendo estado en justa servidumbre, han sido manumitidos. Unos i otros son libres, mas tienen un carácter mas noble los injenuos.

Los libres toman este nombre de la voz libertad, i los siervos, de la de servidumbre. Entiéndese por libertad *la facultad de hacer lo que uno quiera, á no ser que la fuerza ó la lei se lo prohiba*. Decimos que es una *facultad* natural, por que la naturaleza ha criado á todo el linaje humano libre; la diferencia entre los libres i esclavos no procede de la naturaleza, sino de las leyes civiles. Por la que *cada uno hace lo que quiere*. En esto consiste la libertad, que nuestras acciones no estan sujetas á poderío alguno, sino que con un albedrío libre hacemos ó no hacemos. *A no ser que la fuerza ó la lei lo prohiba* (1). En este caso no podemos obrar, pues

---

(1) *Puede objetarse; ¿Acaso ni aun el hombre ha de gozar de la facultad de hacer todo lo que quiera? No la tiene, pues por las leyes se le prohiben muchas cosas, que de no hacerlas es todavía mas libre: v. g. védase el robo, i si se permitiera, jamas nos apartaríamos del lado de nuestros intereses, lo que seria una verdadera esclavitud, i ni acaso seria esto suficiente para*

por la lei no se deben hacer cosas que, puestas en práctica, nos perjudican infinito; i por la fuerza estoi imposibilitado de ejercer mis funciones naturales.

Servidumbre, por el contrario, es *una constitucion de jentes, por la que el hombre se sujeta al dominio de otro hombre, contra razon de natura.* Esto necesita prolija esplicacion. Se dice que la servidumbre es *constitucion del derecho de jentes*, pues por naturaleza, como dijimos, todos somos libres, i las naciones introdujeron la esclavitud desde que empezaron á destruirse mútuamente con las guerras. *Por la que se sujeta al dominio de otro hombre*: en esto consiste la servidumbre, que el hombre esté en dominio como si fuese cosa, pudiéndose vender, legar, donar; matar &c. *Contra razon de natura*: por la que insinuamos anteriormente de que todos los hombres son libres por naturaleza, i constituidos en esclavitud, están en un estado contrario á la misma naturaleza (1).

---

que el que por naturaleza tuviera mas fuerza no los arrebatara. Otras veces nos imposibilitan ejercer nuestras acciones, hombres criminales, i en este caso no obramos por estar en estado de esclavitud, sino en el de la fuerza.

(1) *Aristóteles pretende que por naturaleza algunos hombres son siervos, pues advierte que hai entre la especie humana algunos que solo les sirve el alma como de sal para no pudrirse, como le sucede á los estúpidos, tontos, i á los que*

6. Si se dice que la servidumbre es opuesta á naturaleza, es menester no confundir esta idea. Es opuesta á la naturaleza aquella esclavitud que de los hombres forma animales, como es tratarlos lo mismo que si fuesen animales de carga, segun tenian establecido las leyes del imperio. Pero que el hombre sea esclavo de la lei, esto es, que no se aparte de la observancia de las leyes justas i sábias; lejos de ser esclavitud contraria á la naturaleza, es muy conforme á ella. Que sea el hombre esclavo de su criador, anonadándose en su presencia, i no quebrantando, ni aun por pensamiento, sus preceptos, es mui justo i conforme á la misma naturaleza. Solo, pues se opone á esta aquella esclavitud que tanto degradaba al hombre, i que ya va desapareciendo de la culta Europa, i en lo restante del globo casi se ha mejorado mui mucho la suerte de los que tienen la desgracia de caer en esclavitud, pues á proporcion que las luces se van estendiendo, se desvanece i disipa la rusticidad en que yacian los pueblos por falta de cultura, i conocen los hombres sus derechos.

---

por la misma natura tienen tal constitucion, que ni se atreven á mover, ni aun á comer, á no ser conducidos por otro, ó aconsejándose antes. Pero, aunque esto sea así, ni la estupidez, ni la flojedad de nuestro semejante nos da derecho para que le hagamos servir de mulo de cargo, antes es acreedor á toda nuestra consideracion.

7. Vimos qué era libertad, i qué servidumbre; ahora falta tratar de los modos de constituirse la esclavitud. Los siervos ó nacen tales, ó se hacen: *nacen* de nuestras esclavas, pues si esta pare algun hijo ó hija, es de condicion servil. Siendo los siervos cosas como dejamos dicho, se sigue que el hijo de la esclava es de la misma condicion que su madre. Pues de la misma manera que el feto de la vaca pertenece á su señor, así el feto de la esclava es del dueño de ella. El siervo nacido de esclava se llama *verna* (1). Empero como muchas veces puede acontecer, que el verna nazca del siervo *Ticio* i de la esclava *Mevia*, se pregunta, ¿á quién pertenecerá el verna en este caso? Sin duda alguna, al amo de Mevia, pues la regla jeneral de derecho es, *que el parto sigue al vientre*; así como la becerra procreada del toro de Ticio, i de la vaca de Mevia, es de esta última, así el verna nacido de los dichos, pertenecerá al señor de Mevia (2).

---

(1) De este derecho usaron los antiguos en tiempo de Abraham, segun aparece del Génesis XIV. v. 14., pues este patriarca armó á sus vernas.

(2) Otra cosa ha de decirse, si se suscita cuestion acerca de la condicion de un hijo nacido de padres libres. Pues si el hijo es habido en justo i lejítimo matrimonio, sigue la condicion del padre; si lo es fuera, entonces la de la madre; v. g. si el padre es noble, i la madre plebeya, i hai un justo i lejítimo matrimonio

8. Asi nacen los esclavos. Otras veces *se hacen*, aunque hayan nacido libres; i esto procede ó por derecho de jentes, ó por el civil: pues todos los aprisionados en la guerra, se hacian sier-

---

entre ellos, los hijos serán nobles. Si un noble tiene cópula con una plebeya, el hijo espúreo que enjendre será plebeyo, pues como hijo de padre incierto, sigue la condicion de la madre, de la que no puede haber duda. En algunas naciones hai de particular que el Príncipe que se une con mujer que no es de la dinastía de los Césares, el hijo no es Príncipe, i pierde el padre el derecho á la corona. Recientemente tenemos un ejemplo en el Gran Duque Constantino, hermano del Emperador Nicolas, heredero presunto de la corona de las Rusias, casado á los 17 años con Julia Henriqueta Ulrik, Princesa de Sajonia-Cobourg: se divorció despues solemnemente. Se habia enamorado de una dama polaca llamada Juana Grudziniki, i cuando se vió libre, pidió encarecidamente á su hermano Alejandro el permiso de darla la mano de esposo. Alejandro se opuso enérjicamente á su deseo, alegando que aquella dama era vasalla, i por consiguiente los hijos que de ella tuviese no podian heredar la corona. Constantino prefirió el sacrificio de sus derechos al de su pasion, i casándose en efecto con ella, perdió el derecho á la corona, entrando por muerte de Alejandro en la sucesion del imperio el Príncipe Nicolas, actual Emperador de las Rusias.

vos, cualquiera que fuese su condicion (1). Los romanos, i antes de ellos otras muchas naciones, raciocinaban de este modo. A los enemigos podemos matar; luego los podemos constituir en esclavitud, pues no solo será este beneficio de la república, sino tambien de los mismos prisioneros: guardemos á los que podíamos matar. De aquí se llamaban *siervos*, *de servatos*, que equivale á guardados, i *mancipia*, de *manui capta*, cojidos con la mano. En el dia los prisioneros de guerra no se hacen esclavos, sino solo se custodian hasta que se canjéan, ó se hace la paz. Los romanos á ningun prisionero daban libertad, pues aunque los emancipaban, no podian volver al pueblo de su naturaleza. El lema del imperio era: *vencer*, ó *morir*.

9. Tambien se hacen los siervos por *derecho civil* en pena, por dos principales capítulos 1.º Si el mayor de 20 años se vendia por participar del precio. Por derecho civil, el hombre libre no podia venderse. Si era vendido, al momento se le permitia reclamase su libertad. Muchas veces los jóvenes, deseosos de dinero, permitian que otro los comprára, solo para tomar el precio, i des-

---

(1) *El ejemplo lo tenemos en* Atilio Régulo, *cónsul romano, que en la primera guerra púnica, hecho prisionero, arrastró las cadenas de una esclavitud tristísima, i pereció por último metido en un instrumento que estaba lleno de puntas de acero, donde desvelado por no clavarse murió.*

pues dejar burlado al comprador; por cuya razon un senado-consulto prohibió esta estafa, mandando que el mayor de 20 años que se vendiese por participar del precio, permaneciera esclavo, pero era necesario para ello se reuniesen muchas cosas. *Primera.* Que el que se hacia asi vender, fuese mayor de 20 años; ó que si se vendió antes de esta edad, participase del precio á los 20. *Segunda.* Que lo habia de hacer con dolo, teniendo un perfecto conocimiento de su estado i nacimiento. *Tercera.* Que la venta se hubiera efectuado con un comprador de buena fé, es decir, que creyese que el que se le vendia como esclavo, lo era realmente, porque de otra manera es visto haber querido ser engañado. *Cuarta.* Que en efecto haya participado del precio de la venta, ó que haya conseguido el objeto que se propuso, v. g. de entrar por este medio en el manejo de los intereses de un comerciante, teniendo deseos de enriquecerse con la administracion &c. *M. Cuyas* añade una *quinta* condicion, i es, que este hombre no sea hijo de familia, ni libertino. porque el uno no puede perjudicar á su padre, ni el otro á su patrono. *Leon*, llamado el filósofo, abrogó este senado-consulto por una de sus novelas, que es la 59 (1).

---

(1) *Si al tiempo que este senado-consulto estaba en todo su vigor, un hombre se hacia vender por algun otro motivo que el de participar del precio de la venta, ó de lograr los negocios de una gran casa, no perdia su libertad. Asi ve-*

2.° Si el liberto era *ingrato* á su patrono volvia de nuevo á la esclavitud. La ingratitud puede ser de dos maneras, ó *simple* ó *calificada* : simple se dice cuando no presta el servicio que debe el liberto á su patrono : calificada, si alguno hace mal á su bienhechor, i de alguna manera lo veja. Por esta última, es por la que torna el liberto á la servidumbre i poder de su patrono, no por alguna otra ingratitud. Ademas, el derecho civil introdujo muchas otras maneras, p. e. la mujer libre que tenia comercio carnal con un siervo, era hecha esclava : finalmente los que eran condenados á las bestias ó á las minas por sus delitos, se hacian siervos de la pena.

10. Vistos los modos con los que se hacen los siervos, se pregunta : qué diferencia haya entre los mismos esclavos. Se ha de distinguir entre el estado i el oficio. *Por razon del estado* no hai diferencia entre los siervos ; todos eran cosas, no personas ; todos estaban destituidos de los derechos de libertad, ciudad, i familia ; todos podian ser vendidos, enajenados, i aun muertos por orden de sus señores, segun el derecho antiguo. *Por razon del oficio* habia una gran diferencia. Unos eran escribientes, otros lictores, procuradores aquellos, regatones estos ; esotros criados de escalera abajo, como decimos en el dia á los

---

mos en la historia á un santo monje llamado Serapio, hacerse vender á unos titiriteros para atraerlos á la relijion cristiana ; fue declarado libre, aunque habia despreciado la libertad.

lacayos; algunos llamaban *mediastinos*, porque estaban en medio de las habitaciones prontos al servicio de lo que se les ordenaba; varios yacian amarrados á cadenas, i toda su vida era un continuo tormento, ejerciendo al mismo tiempo los oficios mas bajos i degradantes. Poco mejor era la condicion de los que estaban aguardando á que se cumpliera la condicion, ó llegase el dia cierto en que debian ser emancipados. Mientras que la condicion ó el dia se cumplia ó llegaba, permanecian en estado servil, aunque se tenia su condicion por mejor, pues esperaban la libertad (1).

TITULO IV.

De los Injénuos.

§. 1.º Etimolojía de la voz *injénuo.*
§. 2.º 3.º i 4.º Quién se llame injénuo; definicion de la injenuidad, personas que gozan de este derecho.
§. 5.º Cuando el esclavo se declaraba por libre.

1. TRATAMOS en este título de dos cosas: Qué sea *injenuidad*, i quiénes injénuos. Con respecto á lo primero, dirémos sobre su etimolojía, que se dice *injénuo* de la voz latina *gignendo*, que significa *enjendrado*, pues son enjendrados

---

(1) *Vease á Sala tomo* 1. *t.* 2. *nú.* 6. 7. 8. *i* 9.

en la libertad; ó lo que es lo mismo, porque al momento que los concibieron fueron libres. Se diferencian de los libertinos, pues aunque estos son libres, no lo han sido desde que nacieron, sino desde el tiempo de la manumision.

2. Es, pues, injénuo *el que al momento que nace es libre.* Para ser injénuo se requieren tres cosas. *Primera.* Que sea libre; por esta razon el siervo no es injénuo. *Segunda.* Que lo sea desde su nacimiento; de aquí, si alguno nace de esclava, i al instante es manumitido, no será injénuo, sino libertino. *Tercera.* Que nunca haya estado en justa servidumbre, pues, como dejamos insinuado, un solo momento en esclavitud basta para no ser injénuo, sino libertino.

3. De lo dicho se sigue que será injénuo *todo el que nace de madre que al tiempo de la concepcion, ó en el del parto, ó en el intermedio, estuvo libre.* Porque, siendo la condicion servil tan mísera, las leyes han procurado mas bien favorecer á la libertad que á la servidumbre; i por esta razon, si un solo instante al tiempo de la concepcion, ó al de dar á luz el feto, ó mientras lo llevó en sus entrañas la madre, estuvo libre, el infante no nacerá esclavo, sino injénuo.

4. De aquí se sigue: 1.º Que es injénuo el que nace de padres libertinos, porque nunca estuvo en servidumbre (1). 2.º Que no daña la

---

(1) *El poeta Horacio se jactaba de ser injénuo, aunque era hijo de un liberto, por la razon que queda dada.*

manumision á los injénuos; pues si algun hombre libre es injustamente reducido á la esclavitud, i posteriormente recupera su libertad, no será libertino, sino injénuo; porque, aunque habia estado en servidumbre, no era siervo (1). 3.º Que el hijo del padre ciudadano romano que estaba en servidumbre, era injénuo; pues los deudores, que no tenian con que pagar, eran como adjudicados á sus acreedores, para que sirviesen hasta que con su trabajo personal solventasen la deuda, pues así estaba espresamente mandado por las Leyes de las doce Tablas (2). Mas porque no eran siervos, sino solo prestaban sus obras, lo mismo que nuestros criados mercenarios, adquirida la libertad, no se hacian libertinos, sino injénuos. 4.º Que el que nace de padre esclavo i de madre libre, es injénuo; pues no siendo justo matrimonio la union de la mujer libre con el siervo, aunque la madre era castigada, no pasaba la pena al feto. 5.º Que es injénuo el espúreo hijo de madre libre; pues si se ignora quien sea su padre, no puede dudarse de la madre; i siendo esta libre, el parto sigue al vientre.

3. A lo espuesto añadiremos lo siguiente: 1.º Que cuando se defiere al juramento de uno,

---

(1) *José, hijo del patriarca Jacob, vendido injustamente por sus hermanos á unos mercaderes, no era esclavo ni por derecho de jentes, ni por el civil.*

(2) *Lei 5. Tabla III.*

preguntándole si es libre ó siervo, i contesta que libre, queda en efecto libre, aunque sea esclavo: lo mismo sucede cuando el juez da sentencia, declarando por libre á uno, de cuyo estado se ha dudado; pues en estos casos quedan de hecho i de derecho libres: la razon es, porque el juramento i la cosa juzgada se tienen por verdad, aunque despues aparezca instrumento que justifique lo contrario de lo juzgado ó asegurado bajo la relijion del juramento. Si Juan, p. e., me debe 100, i negándomelos estrajudicialmente defiero á su juramento, i prestado lo niega; nada me deberá, aunque despues aparezca cualquier instrumento fehaciente que justifique la deuda. Será reo de perjurio, i como tal castigado; mas no se le obligará á que me satisfaga los 100. De aqui los prácticos forman esta regla: *la cosa juzgada hace que lo blanco sea negro, i lo negro blanco; lo recto curvo, i lo curvo recto.* Síguese, pues, que si alguno bajo juramento deferido asegura que es injenuo, ó el juez da sentencia declarándolo por tal, permanecerá injénuo segun lo que acabamos de esponer.

TITULO V.

De los Libertinos.

§. 1.° Quién se llama *libertino.*
§. 2.° Qué sea *manumision.*
§. 3.° Modos solemnes de manumitir.
§. 4.° Refiérense los menos solemnes.
§. 5.° Se esplica la manumision por *censo.*

1. DEJAMOS dicho que los hombres libres ó son injénuos ó libertinos. Habiendo ya tratado bastante de la primera parte, esto es, de los injénuos, síguese la segunda que habla de los libertinos. Se llaman así *los que han sido manumitidos de justa servidumbre.* Decimos de justa servidumbre, pues segun notamos en el §. 4. tít. 4., el que era manumitido de injusta servidumbre, no era libertino, sino injénuo. Así Tiron, manumitido por Ciceron, era libertino, porque habia estado en justa servidumbre; mas José,

hijo del patriarca Jacob, manumitido por Faraon, era injénuo, porque no habia estado en justa servidumbre, sino vendido injustamente por sus hermanos en odio á sus virtudes. En el derecho no se confunde el vocablo *liberto* con el de *libertino*. Liberto se llama con respecto al patrono que lo ha manumitido; libertino, por razon de la manumision. De consiguiente, se puede decir que *Tiron* fue *libertino*; mas si queremos nombrar á su patrono, entonces diremos que fue liberto de Ciceron, no libertino de Ciceron.

2. Definida la manumision, describiremos despues los modos solemnes, i los menos solemnes de manumitir. La voz latina *manumissio* proviene de la de *manu datio*. Mano en derecho significa potestad, i así se dice que *Rómulo gobernó con toda mano*, esto es, con toda potestad. Los hijos están en mano de sus padres, es decir, en su potestad, i si los dimiten, se llaman *emancipados*, ó lo que es lo mismo, dimitidos de su potestad ó mano (1). Manumitir será *dar libertad á los esclavos*: que estos pueden ser manumitidos, fácilmente se prueba. El siervo es cosa, luego está en dominio: lo que está en dominio se puede dejar ó renunciar; luego el do-

---

(1) Los romanos usaron en sus banderas de una mano, puesta en el sitio que en las nuestras está el fierro que forma la figura de lanza, símbolo del poder i de la union, como puede verse en medallas i mármoles antiguos.

minio en el esclavo se puede renunciar: si puede renunciarse, puede manumitirse al siervo; luego al esclavo se puede manumitir.

3. Los modos de manumitir son *solemnes* i *menos solemnes*. Los solemnes antiguamente eran tres: por *censo*, si el siervo, queriendo su señor, era escrito en las tablas censuales: por *testamento*, si el señor legaba la libertad al esclavo: por *vindicta*, si el siervo era manumitido ante el pretor ú otro majistrado. Estos modos estaban en uso en tiempo de la república libre: bajo el imperio de los Príncipes rara vez se hizo censo; pues desde que nació Jesucristo (1) no volvió á haber otro hasta el tiempo de Vespasiano; por lo que Constantino Magno, en lugar de la manumision por censo, introdujo la que se hizo en las iglesias. Así por derecho nuevo fueron tres los modos solemnes.

4. Estos requerian ciertas ceremonias; mas si el señor queria manumitir al siervo sin rito ni solemnidad, entonces se llamaba la manumision *menos solemne*, pues podían manumitirlos por *epístola*, *entre los amigos*, *en el convite*, llamando *hijo* al esclavo &c.: cualquier conjetura que indicase quiso el señor dar libertad al esclavo, era suficiente para reputarlo por libre.

5. Pasemos á tratar de cada uno de los modos de manumitir. El primero de los solemnes era el *censo*. Por censo se entiende un rito de los romanos, en el que se inscribian cada cinco años por

---

(1) *S. Lucas c. 2. v. 1.*

los censores todos los ciudadanos, sus hijos, dinero i facultades; i de cada uno su edad, secso, dignidad &c. El autor de esto fué Servio Tulio 6.º Rei de Roma, para saber con cuántos soldados se podia contar, qué riquezas habia en la ciudad &c.: i por cuanto solo los hombres libres eran escritos en las tablas censuales, los esclavos quedaban libres, si queriendo i mandándolo sus señores, los censores los apuntaban en las listas de los libres.

6. En lugar de esta manumision, Constantino Magno introdujo la llamada *in Sacrosanctis ecclesiis*. Muchas veces los jentiles manumitian á sus esclavos en el templo de sus dioses, en honor de la divinidad que en él se veneraba. Constantino procuró imitarlos en esto, introduciendo la manumision, que tomó el nombre del lugar en que se efectuaba. Se observaba en ellas las siguientes solemnidades. El amo que queria libertar á su siervo, lo llevaba á la iglesia, i cuando se celebraba la misa solemne, entregaba un escrito al diácono, que contenía su voluntad con respecto á este asunto. El diácono en seguida desde el púlpito anunciaba á los cristianos, asistentes al Santo Sacrificio, el designio que tenia el Señor de emancipar á su esclavo, para que si alguno tenia derecho á impedirlo, lo manifestára. No oponiéndose ninguno de los circunstantes, la manumision se realizaba en un estremo del altar. El acto se ponia por instrumento i lo firmaba el señor; en seguida iban á la puerta de la iglesia, i se permitia al esclavo marchar por donde mejor le pareciese: i diciéndole en

medio del umbral, *pasa la puerta,* se llamó el documento que se le entregaba para su resguardo un *pasaporte.* Así, despues de la destruccion del paganismo, esta nueva i piadosa manera de emancipar sustituyó á la del censo: i como en el tiempo de la relijion jentílica, se tenia por costumbre manumitir los esclavos en la revista jeneral que los censores hacían de los ciudadanos, asi desde que las luces de la fé se esparcieron, se creyó que la manumision debia hacerse en la asamblea jeneral de los cristianos, reunidos en los templos para participar de los sagrados misterios.

7. La manumision por *testamento* es el segundo de los modos solemnes. Las razones en que se apoyaba eran estas. Siendo los esclavos cosas, podia el señor disponer de su siervo por causa de muerte, como de las demas cosas suyas; por lo tanto podia legarlo á quien quisiese, ó manumitirlo. Esto lo podia hacer, ó directa, ú oblicuamente. *Directamente,* cuando le daba la libertad con palabras imperativas; v. g. *Estico, siervo mio, sed libre. Oblicuamente,* siempre que usaba de palabras deprecativas, p. e. *ruego á mi heredero manumita á Estico mi esclavo.* El que manumitia directamente podia hacerlo espresa ó tácitamente. *Espresamente,* cuando usaba de palabras terminantes, v. g. *Estico, sé libre. Tácitamente* cuando se colejia de la voluntad del señor, como en este caso. *Estico, siervo mio, se tutor de mis hijos;* fundándose esta presuncion en que el que quiere el antecedente, quiere el consiguiente, pues deseando que Estico fuera

tutor, se presumia quiso darle la libertad, que sin ella no podia desempeñar el encargo. Entre la manumision directa i la oblicua, habia la diferencia, que el liberto en el caso primero no tenia patrono, i se llamaba *liberto orcino*, por estimarse á su patrono en el infierno: el del 2.° caso tenia por patrono al heredero, debiéndole prestar los respectivos derechos como á tal patrono.

8. La manumision por *Vindicta* se hacia del siguiente modo. El señor que queria libertar á su siervo, lo presentaba á un majistrado; este debia ser en Roma el pretor, ó el cónsul, i en las provincias el procónsul, ó su legado. El señor, poniendo la mano en el hombro del siervo, decia al majistrado: *quiero que este esclavo sea libre.* En seguida el juez, ó cualquiera de sus lictores, ponia una de las varas de las fases (1) en la cabeza del esclavo, i le daba una bofetada, que llamaban *feliz injuria*; le hacían dar despues tres vueltas al rededor, i profiriendo la siguiente

(1) *Los lictores eran unos ministros que acompañaban á los primeros majistrados de Roma, é iban delante de ellos llevando un hacha, á cuyo mango se ataba un haz de varas. Servian al mismo tiempo de verdugos para la ejecucion de las sentencias que pronunciaban contra los criminales, ya para que los azotasen con las varas, ya para que los decapitasen con el hacha. Se les llamaba* lictores, *de* ligando, *porque ligaban los pies i las manos á los criminales antes de la ejecucion.*

fórmula : *Aio te liberum esse jure quiritum* : por último se le ponia al esclavo en su cabeza pelada un gorro, símbolo de la libertad.

Tomaba esta clase de manumision el nombre de Vindicta, segun unos, de la vara que se llamaba *vindicta*; porque el esclavo que era herido con ella, recobraba la libertad que le era natural, bajo el pretesto de que esta vara tenia el poder de restablecer las cosas á su primitivo estado: otros de *Vindicio*, esclavo de los Vitelios, que tramando una conspiracion con otros jóvenes para hacer volviera al trono Tarquino, la descubrió al senado; i en premio de su amor á la república lo manumitieron con este rito.

9. La manumision que se hacia por epístola ó carta en un principio no requeria solemnidad; bastaba solo constára por cualquier escrito haberse dado la libertad al siervo. Justiniano mandó se firmase el documento por cinco testigos; pues sucedia muchas veces que los señores pérfidamente negaban estar escritas por ellos las cartas que mostraba el esclavo, ó éste las falsificaba perjudicando á su amo con el fraude; i para evitar lo uno ó lo otro mandó Justiniano se firmára por cinco testigos.

10. Entre los amigos, i sin carta, podia el esclavo ser manumitido. Asi lo ordenó Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades, pues era lo mismo que el testador mandára poner por escrito su postrimera voluntad, que debia cumplirse despues de sus dias, ó manifestarla verbalmente ante siete testigos; siendo igual manumitir al siervo por medio de una carta firmada por cinco

testigos, que darle la libertad ante testigos.

11. Por *convite* se hacia la manumision, siempre que el señor sentaba al esclavo á su mesa. Era la razon, porque tácitamente se entendia le habia dado la libertad. Acaso ningun signo habria mas cierto i espresivo que manifestára haberse dado libertad al esclavo; pues se tenia por cosa torpe comiese el siervo con su señor en una misma mesa. Jamas se sentaban en la de sus señores, sino comian aparte, como sucede con nuestros criados. No pudiendo, pues, los siervos comer con sus señores, se presumia haberlo manumitido el señor, cuando tal cosa le mandaba.

12. Por la misma razon se juzgaba libre al que el señor en juicio llamaba *hijo*. Antiguamente los romanos llamaban á otros hijo, no porque en el momento los adoptáran, sino manifestándole mas afecto con esta amorosa espresion. Si el señor nombraba con tal dictado á su esclavo, no quedaba reputado por hijo suyo, pues la adopcion requeria muchas solemnidades, sino se entendia que siendo el siervo mui querido de su amo, le habia dado la libertad.

13. Veamos ya los efectos de la manumision, i cuales sean las condiciones de los libertinos. Por derecho antiguo todos los esclavos manumitidos se hacian Ciudadanos Romanos; por tanto participaban de todos los derechos que los demas ciudadanos disfrutaban, hasta tener voto en los comicios. Asi permanecieron desde los tiempos mas remotos hasta Augusto, pues en el imperio de este i de su sucesor Tiberio empezó á variar esta costumbre.

14. Estos Emperadores establecieron no se hiciera ciudadano romano todo libertino, sino que pasáran á la clase de *deditícios* unos, i otros á la de los que llamaban *latinos*. Para los primeros se estableció la lei *Elia Sencia* (1), ordenándose por ella que los siervos que por sus delitos hubieran sido azotados, dado tormento, señalado con fuego en la frente ó en otra parte de su cuerpo, ó correjido con algun otro infame castigo, cuando los manumitieran sus señores, no pasáran á la clase de ciudadanos, sino á la de dediticios (2). La causa que movió á Augusto para hacer esta distincion fué la siguiente. En un principio solo eran manumitidos los esclavos buenos i virtuosos; mas despues empezaron á manumitir toda clase de pícaros, ladrones, asesinos, en premio de haber sido cómplices con sus amos de

(1) *Año de la fundacion de Roma* 755.

(2) *Dediticios se llamaban los pueblos que, vencidos por los romanos, les pusieron* Deditios, *nombre que se daba á las naciones que, hechas tributarias del imperio, se rebelaban contra la república; mas no pudiendo resistir al valor del romano, se veían obligadas á entregarse vergonzosamente á discrecion. Los vencedores les dejaban la vida, con la condicion de que habian de llamarse dediticios para recordarles su afrenta i cobardía. La libertad que adquirian, propiamente hablando, no era sino una sombra de esta, i jamas podian llegar á disfrutar de los derechos de ciudadanos romanos.*

antiguamente solo podian usar los caballeros romanos (1). Hasta este grado fué amante de la libertad Justiniano, pues no solo quitó la diferencia entre los libertinos, sino que tambien los igualó á los injenuos concediéndoles los mismos privilejios, honores i perrogativas que por derecho correspondian solo á los caballeros romanos.

18. Habiendo ciertas relaciones entre los patronos i sus libertos, no quitándolas ni aun Justiniano, veamos en qué consistian. El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion finjida*, pues suponian los romanos que los libertos eran agnados de sus patronos, reputándolos como hijos suyos, en razon que les debian no solo la vida natural, sino tambien la civil. Durante la servidumbre eran cosas; por la manumision se hacian personas, debiendo este beneficio á sus patronos; así estos estaban en lugar de padres i de prócsimos agnados de sus libertos: de aquí tomaban de sus patronos el pro-

---

(1) Es notorio que Annibal, despues de la batalla Cannense, envió á Cartago muchos modios llenos de anillos de oro, para manifestar la gran multitud de caballeros romanos que habian perecido en la batalla. Asi, pues, los caballeros en un principio eran solo los que gozaban del derecho de traer anillos, i los Príncipes, en tiempo de los Emperadores, se los mandaban á los que querian admitir en el órden ecuestre.

nombre, como de sus padres los hijos: v. g. el esclavo que Ciceron manumitió, se llamaba Tiron; despues de la manumision Marco Tulio Tiron.

19. De este fundamento emanan todos los derechos de patronato. Por cuanto el liberto era como hijo del patrono, le debia obsequio i reverencia. Debia obras á su patrono. i estas eran oficiales ó fabriles. *Las oficiales consistian* en que el liberto hiciese á su patrono todos los acatamientos de que era acreedor, cediéndole, p. e. el principal asiento en el teatro, en el circo &c. Las *fabriles* consistian en el oficio que ejercia el liberto, v. g. si era sastre, habia de hacer la ropa que necesitara su patrono; si zapatero, zapatos; si albañil, repararle sus casas &c. Las primeras siempre las debia el liberto, aunque no las prometiese; mas las segundas, solo cuando se pactaban con juramento. El patrono sucedia al liberto *ab intestato*, segun dejamos espuesto, como prócsimo agnado, á no ser que el mismo dejase hijos. Por último, el liberto estaba obligado á dejar á su patrono en el testamento cierta porcion de sus bienes.

20. Veamos el uso que esto tenga en el dia. Primeramente ha de observarse que la manumision no se practica ya en la iglesia, ni por el método llamado *Vindicta*, sino ó por testamento ó por epístola, sin necesitarse la presencia de cinco testigos; i hai varios casos en que los siervos se hacen forros ó libres sin manumision de sus señores, ó por alguna accion gloriosa que hicieron, ó en castigo de sus amos. El siervo que con buena fé se trata como libre por 10 años en el lu-

gar donde more el señor, ó 20 en otro, ó sin buena fé por 30, es libre (1).

TITULO VI.

Por qué razon no es lícito manumitir al siervo.

§. 1.° Preliminar.
§. 2.° Capítulos que contenia la lei llamada *Elia Sencia.*
§. 3.° Se habla del primer capítulo.
§. 4.° Qué sea manumitir en fraude de los acreedores.
§. 5.° Escepciones de la anterior regla.
§. 6.° Capítulo 2.° de esta lei.
§. 7.° Se ecsaminan las justas causas que han de concurrir para que la manumision hecha por el menor de 20 años subsista.
§. 8.° Uso que tenga esta doctrina en el dia.

1. Hemos dicho muchas veces, que los siervos entre los romanos fueron respetados cosas. Pues asi como cada uno puede renunciar el dominio de sus bienes, asi puede tambien manumitir á sus esclavos. Segun lo observado en el §. 14. tít. 5., muchas veces los señores manumitian á los siervos inicuos, recayendo en perjui-

---

(1) *Sala tomo* 1. *tít.* 2. *lib.* 1.° *nú.* 10 *i* 11.

cio de la república; algunas otras con objeto de defraudar á los acreedores. Augusto estableció ciertas reglas á estas manumisiones, contribuyendo á ello parte la lei *Elia Sencia*, de la que hablamos en este título, i parte la *Fusia Caninia*, de la que se tratará en el siguiente.

2. Cuándo se sancionó esta lei, lo insinuamos en el §. 14. tít. ant. Tratamos aquí de sus capítulos, que siendo varios, solo han llegado á nuestro conocimiento cuatro que conciernen á las manumisiones. Por el 1.º se hacia nula la hecha en fraude de los acreedores. El 2.º prohibia á los amos menores de 20 años dar libertad á sus esclavos como no fuera observando ciertas reglas. El 3.º impedia se emancipára esclavo alguno como no tuviese 30 años, á menos que no fuera por *vindicta* ó por *testamento*. El 4.º introducia las manumisiones de los libertinos que se llamaban deditícios. Ciñéndonos á los dos primeros, se pregunta: qué sea manumitir en fraude de los acreedores, i qué efecto produzca esta manumision.

3. En cuanto á lo primero, ha de observarse la regla de que *el que manumite en fraude de los acreedores nada hace*. Los siervos entre los romanos, como igualmente entre otras muchas naciones, formaban parte de las riquezas, porque siendo los esclavos cosas, no menos se juzgaba rico el que tenia muchos siervos, que el que poseia muchas ovejas, bueyes, campos &c. Así, pues, p. e., el que debia 1000, i tenia 10 esclavos, que cada uno podia vender en 100, tenia bastante para pagar; pero si amenazado por los acreedo-

res los manumitia, quedaban defraudados aquellos. Augusto no quiso tolerar semejante iniquidad, i mandó por el capítulo 1.º de la lei Elia Sencia que en este caso la manumision fuese nula (1).

---

(1) *Sirva de preliminar que una cosa en derecho es* nula i otra rescindible. *Se dice nulo lo que sin accion judicial no surte efecto: v. g., la enajenacion hecha por un infante: rescindible, lo que en sí tiene efecto, mas por el juez por ciertas i clasificadas causas se hace írrito, v. g. la enajenacion de las cosas de los menores, hecha con el consentimiento de los curadores. Ella en sí es enajenacion verdadera, i tiene su efecto; empero, si aparece dañado el menor, puede el juez rescindir esta enajenacion, i al menor perjudicado concederle la restitucion que llamamos* in integrum. *Conforme á estas reglas toda enajenacion en fraude de los acreedores no es nula, sino debe rescindirse por el juez, compitiendo á los acreedores la accion singular* Pauliana, *para revocar lo que ha sido enajenado en fraude de ellos. Mas es el caso, que la manumision hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sino* ipso jure *es nula. ¿Por qué esto? ¿pues no tenemos bastante con la accion Pauliana? Porque segun una regla de derecho* la libertad una vez dada no puede rescindirse. *De aquí mas bien las leyes declaran que no ha sido dada, que accion para recindirla. Ademas, por la accion Pauliana se revoca lo que se ha enajenado por el posee-*

4. Con estos antecedentes podemos con facilidad saber qué sea manumitir en fraude de los acreedores. *Fraude* se llama cualquier dolo con que uno engaña á otro. Mas no todo dolo es malo, como p. e., el médico persuade al niño, con repugnancia á tomar la medicina, que es miel lo que le da, i con este engaño hace que tomada, adquiera la salud; ¿se dirá que es engaño malo? Sí lo será cuando al que engañan le causan un verdadero perjuicio. Se necesita ademas concurran dos causas. *Primera. Animo, consejo é intencion de defraudar*, esto es, sepa el deudor que manumitiendo al siervo, no tiene para pagar, i sinembargo manumite. *Segunda. Efecto*, ó lo que es lo mismo, que por la manumision del esclavo no pueda satisfacer á los acreedores. Si falta cualquiera de estos requisitos, la manumision subsiste (1).

---

dor; en la manumision nada enajena el poseedor, pues no posee la servidumbre, sino al esclavo; por lo tanto nada podian hacer los acreedores perjudicados, hasta que se introdujo el derecho de que el que manumitia en fraude de los acreedores nada hacia.

(1) *Ved aqui un caso en que la mala fe se encuentra separada del efecto. Un hombre no tenia mas caudal que* 1000 *duros, i debia casi lo mismo, manumite á sus esclavos con la idea de defraudar á sus acreedores; pero despues su patrimonio se encuentra aumentado con una herencia ó con el retorno de la nave que creia per-*

5. Esta regla tenia dos escepciones. *Primera.* Si alguno juzgaba poseer lo suficiente para pagar, ademas del esclavo que manumitia con buena fe, la manumision era lejítima, pues á este caso se aplica la regla de derecho: *muchas veces creen los hombres poseer mas facultades que las que realmente tienen.* Esto sucede con frecuencia á los comerciantes, que un mismo viento hace á unos poderosos, i á otros miserables. *Segunda.* Si se manumite algun esclavo por

---

dida. Es constante que su intencion fué defraudar á sus acreedores, dando libertad á sus esclavos; pero debe subsistir, pues no se ha verificado el efecto; por este acontecimiento la mala voluntad del deudor no ha surtido la intencion que se propuso. Otro caso puede verificarse en que, quedando de hecho defraudados, subsista la manumision. Un hombre tiene bienes cuantiosos, i no debe sino una pequeña cantidad. El cortijo, que era lo que componia el principal valor de su patrimonio, es reducido á cenizas, de suerte que todos sus bienes se encuentran reducidos á la cantidad que debia. Si ignorando su desgracia emancipa sus esclavos, con los que podia pagar, la libertad permanece. Por el acontecimiento imprevisto ellos son dañados, pues esta manumision lo pone fuera de poder pagar; mas sinembargo subsiste, pues no lo hizo con ánimo de perjudicar, sino solamente de dar pruebas de su liberalidad i benevolencia á sus esclavos, de quienes habia reconocido sus servicios.

testamento por nombrársele heredero, permaneceria la manumision, aunque los acreedores con ella fuesen defraudados. Es la razon, que entre los romanos era ignominioso vender los bienes del finado á su nombre, para de su producto hacerse cargo los acreedores. Así que les era lícito instituir á un esclavo, que siendo heredero necesario por la lei, nada lucraba de la herencia; á su nombre se vendian los bienes á subasta, i quedaba salva por este medio la fama del difunto.

6. El capítulo 2.º mandaba que los menores de 20 años no pudieran manumitir sino observando ciertas condiciones. La causa de esta lei fue el fraude de los esclavos; pues al heredero aun adolescente le proporcionaban impuros amores, corrompiéndolo para captarse su afecto, i el premio que le daban los jóvenes era manumitirlos segun pactaban antes (1). Reduciéndose por este medio los señores á pobreza, i contaminándose el Estado con semejante casta de libertos, Augusto no permitió que el menor de 20 años manumitiese, sino observando ciertas solemnidades. *Primera*. Que la manumision se hiciera por el modo llamado *vindicta*, porque esta debia hacerse ante el majistrado, §. 8.º *tit*. 5.º i habia de conocer de la causa que le asistia al menor para manumitir á su siervo, i ver si era justa para conceder la licencia, ó ne-

---

(1) Abundan ejemplos de esta naturaleza en Plauto i Terencio.

garla. *Segunda.* Que se hiciese públicamente en el consejo (1) esto es, presentes el pretor, ó los procónsules en las provincias (2). *Tercera.* Que se espusiese causa, ó lo que es lo mismo, que el señor manifestase la causa, espresando los méritos que hubiese contraido su siervo para merecer este beneficio. Si aparecia una sola vez justa la causa alegada, subsistia la manumision, aunque despues apareciese falsa, §. 5. *tit.* 4.° : en la nota del §. 3. se ha dicho que la libertad una vez dada, no puede retrotraerse.

7. Las causas justas que habian de asistir al señor para libertar á sus esclavos de la servidum-

---

(1) *El concejo era una junta que se tenia en ciertos dias del año; en Roma, el pretor la presidia asistido de 5 senadores, i de otros tantos caballeros romanos. En las provincias, el procónsul ó gobernador obtenia en ella el principal lugar, i estaba acompañado de 20 concejeros, que llamaban* Recuperatores peregrini, *como si dijese jente venida de fuera para conservar á otros.*

(2) *La manumision, segun observamos en el capítulo 5, podia efectuarse en cualquier dia del año, i ni aun era necesario que el majistrado estuviese sentado en su tribunal, pues aun yendo al baño, podia el señor presentarle su esclavo, i ser este manumitido, cuya libertad se coartó por el capítulo 2.° de esta lei, á los menores de 20 años, pues estos solo podian manumitir, observando las solemnidades espuestas.*

bre eran las siguientes. *Primera.* Cuando manumitia á sus *parientes*; p. e. si daba libertad á su padre, á su madre, á su hijo, ó hija, ó hermanos (1). *Segunda.* Cuando se proponia por norte en la manumision el beneficio que babia recibido el mismo menor, v. g. si manumitia á su pedagogo, á su nodriza, ó á su maestro. *Tercera.* Cuando es por afecto á la persona que manumite, p. e. á su alumno, alumna, á su hermano de leche. *Cuarta.* Cuando es para algun fin particular, v. g. para que el esclavo sea su procurador (2),

---

(1) *Parece cosa mui rara, tener uno por su esclavo á su mismo padre i hermanos. Esta dificultad desaparecerá si atendemos á la índole de la lejislacion romana en la parte de los testamentos, pues si finjimos que Estico tuvo, durante su esclavitud, por hijos á Tiron i Dromeno, i este de otra esclava á Davo, i por la muerte del señor de estos, queda Dromeno heredero de todos los bienes del finado, es visto que por la institucion, adquiriendo la libertad i el dominio de toda la herencia, son sus esclavos no solo Estico su padre, sino tambien Tiron su hermano i Davo su hijo.*

(2) *Si el menor que no tiene 20 años manumite á uno de sus esclavos para que sea su procurador, es necesario que tenga mas de 17 años; y debe entenderse de un procurador* ad litem, *i no* ad negotia. *Esta es la opinion de Cuyas, que prefiero á la de muchos otros intérpretes. La razon es, que un menor que no tiene 17 años, i aun*

ó para casarse con su sierva (1). Pues ni el siervo podia hacer de procurador, ni menos contraer nupcias el señor con su esclava, como no precediera antes la manumision.

8. Si se pregunta si en efecto todo esto se observa en el dia en el foro, responderemos, que en atencion á que la esclavitud va desapareciendo, con dificultad se dará un caso en que la manumision de los esclavos perjudique á los acreedores; sinembargo, si tal apareciese, seria nula, como igualmente la de cualquiera bienes del deudor, que surtiesen el mismo efecto, en cuyo caso solo habrá la diferencia de que por la accion Pauliana se rescindirá la enajenacion. No tiene lugar la escepcion que apuntamos del siervo que se deja por heredero, pues la venta de los bienes del deudor defunto se hace á su nombre, sin que recaiga ignominia en su memoria. Justiniano abrogó el último capítulo, por

---

un esclavo de esta misma edad, pueden ser constituidos procuradores ad negotia, *para tener cuidado de los asuntos particulares del que lo ha escojido. Pero es preciso, siguiendo el derecho romano, ser libre i mayor de 17 años para desempeñar el cargo de procurador* ad litem.

(1) *Cuando el menor manumitia á una de sus esclavas, con ánimo de casarse con ella, estaba obligado á realizar las nupcias lo menos dentro de 6 meses* l. 13. ff. manumis. vindic. *Esto no tenia lugar si sobrevenia algun impedimento lejítimo.*

lo que hoi pueden manumitir los adolecentes entre vivos, á los 18 años. Este Emperador con muchísima razon dice en la Instituta: "no era de sufrir que pudiendo hacer testamento, i dejar en él herederos i legados, el mayor de 14 años no pudiese dar libertad á su siervo cuando tenia la misma edad": por lo cual, atendiendo á lo dispuesto por el derecho i lo establecido por el novísimo, mandaba, "que el mayor de 17 años, i que hubiese entrado en los 18, pudiera manumitir por testamento á sus esclavos."

TITULO VII.

De la lei Fusia Caninia que debe quitarse (1).

§. 1.° Causa del establecimiento de esta lei.
§. 2.° Epoca de su sancion, i preceptos que contenia.
§. 3.° Uso que tenga en el dia.

1. Dijimos en el §. 1.° *tit. ant.*, que Augusto por la lei *Elia Sencia*, i la *Fusia Caninia*, restrinjió la libertad que los señores tenian en las manumisiones. De la primera acabamos de hablar

(1) *Cuyas, en lugar de la palabra* Tolenda *de que usa el Emperador, substituye* sublata, *i esto parece tener bastante fundamento.*

en en el título precedente, se sigue ya el tratado de la segunda, principiando por el ecsámen de la causa de su establecimiento, que no fue otra que la jenerosidad de los romanos en manumitir á sus esclavos en la hora de su muerte. Al morir aun los avarientos suelen ser liberales, ya porque no necesitan las riquezas en el otro mundo, ya porque muchas veces reducidos por sus herederos, son francos á lo último de su vida. Sobre todo, los romanos eran sumamente ostentosos en sus funerales, i manumitian por testamento á casi todos sus esclavos, para que yendo detras del féretro pelados i clamando, tributasen de este modo los honores fúnebres; para ello daban la libertad muchas veces aun á los esclavos mas relajados i dignos de perpétuas prisiones. Bastando esto para que la ciudad se contaminára con malos ciudadanos, restrinjió la licencia Augusto, i de aquí procedió la lei Fusia Caninia.

2. Se estableció en el año de la fundacion de Roma 751, bajo el consulado de *Sexto Furio Camilo*, i *Cayo Caninio*, cónsules, de los que tomó el nombre, pues los antiguos en lugar de Furio decian *Fusio*, de Papirio, *Papisio* &c. Mandaba no pudiera manumitirse por testamento sino cierto número de esclavos, observando esta regla. Los que tenian desde un esclavo hasta 10 podian manumitir la mitad: desde 11 á 30 la tercera parte: de 31 á 100 la cuarta parte: de 101 á 500 la quinta parte, i mas de 100 no podia manumitirse; de modo que si daban libertad á mas, los primeros solamente la adquirian,

i los restantes permanecian en la servidumbre; v. g. tenia uno 5 esclavos i manumitia á Siro, Davo, Stico i Dromeno; los dos primeros eran libres, porque por la lei solo podia manumitirse la mitad; Stico i Dromeno permanecian esclavos. Para eludir la lei los señores, solian inscribir los nombres en el testamento, formando un círculo como se vé al márjen, á efecto de que no se supiera quien era el primero, ni el segundo, ni el tercero &c.; mas Augusto estableció quedasen todos hechos esclavos.

Stico. Davo. Siro. Dromeno. Cayo. Sempronio.

3. En el dia no tiene esta lei uso, pues Justiniano la abrogó como inhumana i restrictiva de la libertad, aunque útil en aquel tiempo á la república.

TITULO VIII.

De los que estan en su poder ó en el ajeno.

§. 1.° Orden adoptado en la esplicacion del título.

§. 2.° Qué personas estan *sui juris*, i quiénes *alieno juris subjecti.*

§. 3.° Fundamento de la domínica potestad.

§. 4.° En qué consiste esta.

§. 5.° Modificaciones establecidas por el derecho nuevo.

§. 6.° Uso que en el dia tenga la doctrina precedente.

1. CONCLUIMOS el tratado de la primera division de las personas, pues los hombres eran unos *libres* i otros *siervos*. Los libres se subdividieron en *injénuos* i en *libertinos*. De todos hemos hablado detenidamente en los títulos anteriores desde el 3.° al 7.° Síguese otra division de los hombres, pues unos estan *sui juris*, otros sujetos al poderío de otro. Podrá alguno juzgar que esta division es lo mismo que la anterior, creyendo que todo hombre libre está *sui juris*, i los esclavos sujetos á otros; mas se equivoca, pues es mui diversa de la anterior: los hijos de familia estan sujetos al poderío de otro, i no son por cierto esclavos, sino personas libres. En este título se trata de la potestad que llamamos *domínica*, i en el siguiente de la *paterna*.

2. Debemos esplicar ante todo qué personas son las que estan *sui juris*, i quiénes *alieno juris*. *Sui juris* son los que ni estan bajo la potestad del señor ni del padre, i por esto se llaman *padres de familias*, de cualquiera edad que sean: v. g. el infante, que aun está en la cuna, es padre de familias, si no tiene padre ó señor. Por el contrario, *sujetos al dominio* de otro son todos los que estan ó bajo la patria potestad, i se llaman hijos ó hijas de familia, ó bajo la do-

mínica, i se llaman siervos ó esclavos.

3. El fundamento de la potestad domínica es el estado de los esclavos; estos no son personas, sino cosas; las cosas estan en dominio; luego los esclavos lo estan igualmente en el de sus señores, lo mismo que un buei, un caballo ó cualquiera otro animal, de los que en mui poco se diferenciaban. §. 4.º i 6.º *tit.* 3.º De este principio nace la siguiente regla. *El mismo dominio que uno tiene en sus cosas, tiene en sus esclavos.*

4. Los derechos que se ejercian en los esclavos eran los siguientes. 1.º Competia al señor en un principio el de vida i muerte; pues así como podia matar el amo á su caballo, así podia igualmente al siervo, sin incurrir en pena alguna (1). 2.º Los esclavos estaban en comercio, de modo que podian ser vendidos, i por cualquier título traslativo de dominio pasar á poder de nuevo amo, lo mismo que los caballos ó bueyes. 3.º Lo que adquirian era para sus señores, como sucede con cualquier bestia de carga, que es para su dueño lo que gana trabajando. 4.º Que,

---

(1) Muchos ejemplos ecsisten en la historia romana de esclavos á quienes por el mas leve motivo sus señores quitaban la vida crucificándolos, ahorcándolos, precipitándolos de los montes, arrojándolos á los estanques de peces para cebarlos, i que fuesen mas gustosos; cuya tiranía no pudo menos que llamar la atencion de las leyes, pues la humanidad se resentia de tales crueldades.

aunque los esclavos tuviesen peculio, podian sus señores apoderarse de él impunemente.

5. Por lo que hace al uso moderno, ha de notarse: 1.° Que las mismas leyes romanas modificaron estas facultades abrogando el derecho de vida i muerte, porque usaban mui mal de él los señores crueles (1). Neron, por la lei Petronia, prohibió á los señores espusiesen sus esclavos á las bestias feroces, segun practicaban antes. Adriano ordenó que el señor sería castigado de muerte si hacia morir á su esclavo sin una razon autorizada por la lei. Antonino Pio confirmó la constitucion de Adriano, i añadió que los señores que pasáran los límites de un castigo racional, fuesen obligados por los majistrados á venderlos; pues es de interes público que nadie haga mal uso de lo que le pertenece, i principalmente cuando el Estado puede sufrir algun daño; es tambien del interes de los señores que los esclavos esten al abrigo de sus malos tratamientos, porque de otra suerte, ó ellos se darían la muerte, de lo que sobran ejemplos, ó tomarian funestas resoluciones contra sus amos, como testifican demasiados casos. Por último, el el Emperador Constantino ordenó que los señores no pudiesen castigar sus esclavos sino con

---

(1) *Séneca, de* ira, l. 3. c. 40. de clementia, c. 18., *cuenta de uno llamado* Polion *que mandó hechar á uno de sus esclavos en el estanque de peces que tenia, por el atroz delito de haber quebrado un vaso de cristal.*

moderacion, porque no es permitido á un hombre tratar á su semejante con crueldad, i que la cualidad de señor no puede esceptuarlos de las leyes de la naturaleza: desde entonces quedó establecido fuesen reputados por homicidas los que matasen á sus esclavos, reservándoles todas estas constituciones solo el derecho de correjirlos, castigando tambien con pena arbitraria á los que abusaban del permiso (1).

6. Se observa este mismo derecho entre

---

(1) A una matrona llamada Umbricia, Adriano la relegó por cinco años, pues por una leve causa castigó atrozmente á sus esclavos. Antonino Pio, á los esclavos de Julio Sabino, que maltratados por su señor se refujiaron á la estátua del Príncipe como lugar de asilo, mandó vender i entregar el precio á su amo, con la condicion de que no habian de volver á su poder, no fuera que volviendo los castigase con atrocidad; i desde entonces quedó establecido que todos los esclavos que se refujiasen á las estátuas de los Príncipes, como lugar de asilo, fueran obligados sus señores á venderlos con condiciones razonables, entendiéndose por estas no fuesen desventajosas á los señores con respecto al precio, ni gravosas á los esclavos: v. g., el comprador no podia pactar que al esclavo lo pusiesen en cadenas, ó que jamas le diesen la libertad; pues esto seria mas bien conservar el amo su crueldad en el esclavo, que haber salido de ella por medio de la venta.

nosotros, con la particularidad de que pueden ajustarse los esclavos con sus señores sobre el jornal que le han de dar, i lo demas que ajencien lo retienen en su poder, con cuyo capital pueden comprar su propia libertad. Tienen facultad de disponer por muerte del peculio que tengan, con la obligacion de dejar al señor cierta parte de él, i lo demas pueden repartirlo entre sus herederos ó las personas que mas les agraden.

TITULO IX.

De la patria potestad.

1. CONCLUIMOS el tratado de la potestad domínica. Dijimos ademas que ciertas personas libres estaban sujetas al poderío de otro; debemos, pues,

hablar de la patria potestad. Ante todo es necesario observar que la patria potestad, ó es *por derecho de jentes*, ó *por derecho civil;* aquella comun á todos los hombres, ésta solo propia de los romanos, como Justiniano dice. *Ningun hombre tiene en sus hijos una potestad tan grande, como la que nosotros ejercitamos*. La potestad por derecho de jentes es comun á los dos padres; la de por derecho romano solo compite al padre, no á la madre, en cuya potestad no estan los hijos. La que procede por derecho de jentes solo es estensiva á los padres en equellas cosas que sirven para la educacion de sus hijos: v. g., dirijir sus acciones, castigarlos &c. Por derecho romano los padres, el varon, tenian en los hijos la misma potestad que en los esclavos. Finalmente, la patria potestad por derecho de jentes se concluye cuando el hijo constituye economía separada del padre; por derecho romano, solo por la muerte, ó que el padre dimitiese al hijo de su potestad: era estensiva á los nietos, á los hijos de estos &c. Con estos preliminares veamos cual sea el fundamente de la patria potestad, su efecto, variaciones que esperimentó, i modos de adquirir la patria potestad.

2. El fundamento de esta potestad por derecho romano es el *dominio Quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia sino á los *Quirites*, ó caballeros romanos. Ha de observarse: 1.º Que los hijos no eran para con el padre personas, sino cosas: los esclavos con respecto á clase alguna eran personas; mas los hijos eran considerados persona, i solo para su padre eran co-

sa. 2.° Siendo para estos cosas, estaban en su dominio; de consiguiente podian vindicarse, i ejercer los padres la accion furtiva contra los que les robasen sus hijos. 3.° Ultimamente, como cosas, podian ser emancipados, ó vendidos; de aqui se dice, que *la patria potestad romana, no es otra cosa* mas que el dominio *Quiritario.* De esta doctrina procede la siguiente regla: la misma potestad que los señores tienen en los esclavos, ó en cualquiera otra cosa suya, esta misma ejercitan los padres en sus hijos, por derecho civil (1). De esta misma regla, emanan todos los efectos de la patria potestad.

3. Estos efectos son de dos maneras; unos salen del dominio Quiritario; otros de aquel derecho por el que los hijos de familia no eran personas respecto á sus padres, sino cosas. Los que emanan del dominio Quiritario son los siguientes: 1.° Que el padre tiene el derecho de vida i muerte en sus hijos. 2.° Que le era lícito al padre vender hasta tres veces al hijo, de modo que dos veces vendido i otras tantas manumitido por el comprador, recaia en ambas en la potestad de su padre, i hasta la tercera no salia de su poder.

---

(1) En cierta manera era peor la condicion de los hijos, que la de los esclavos, pues estos no podian ser vendidos sino una sola vez, i se hacian libres con solo una manumision; pero los hijos se vendian hasta tres veces por el padre; i aunque fueran dos manumitidos, siempre recaian en la potestad del padre.

3.° Que podian darse los hijos *in noxa* (1). 4.° Todo lo que adquirian los hijos, por derecho antiguo i nuevo, era de los padres, lo mismo que lo que los esclavos ganaban, pues segun dijimos en el §. 4.° *tit.* 8. esto era para sus señores. 5.° Que esta potestad alcanzaba á todos los descendientes del hijo, pues asi como de quien es la cosa, es la acsecion de ella, i los hijos de los esclavos pertenecian á los amos de estos, asi igualmente los hijos de los hijos estaban en la misma potestad en que se hallaban constituidos sus padres (2).

4. Síguense los efectos que emanan de aquel derecho por el que los hijos con relacion á su padre no son personas sino cosas. De este principio se deduce: 1.° Que el padre i el hijo en los negocios privados se tienen por una sola perso-

---

(1) Dar in noxa *es entregar el hijo ó esclavo que ha cometido algun delito privado, como hurto, daño,* ó injuria, *al ofendido en satisfaccion. Los padres estaban obligados ó á pagar el daño con arreglo al delito cometido por el hijo, ó á entregar al mismo hijo ó esclavo delincuente á servir al que habian irrogado daño, hasta que con su trabajo personal lo subsanasen.*

(2) Entiéndase esto con respecto á los nietos hijos del hijo varon, pues las hijas por las nupcias pasaban á la familia del esposo; por lo que sus hijos no estaban en la potestad del abuelo materno, sino en la del paterno, i á falta de este en la de su padre.

na. De aqui el padre hacia todo en lugar del hijo, i este podia estipular para su padre, mas no para sí mismo; esto era en los negocios privados, pues en los públicos el hijo de familia se tenia por padre, pudiendo ser tutor, cónsul, pretor, &c. 2.° No se daba accion entre el padre i el hijo, ni obligacion, ni podia haber litis, ni contrato, pues ninguno puede contratar consigo mismo, ó pleitear. 3.° Que pueden los padres nombrar en testamento tutor á sus hijos: estos estaban en el dominio de sus padres; i asi como el señor podia disponer libremententente de sus cosas, asi el padre podia nombrar á uno de sus hijos por tutor de sus hermanos. 4.° Que tambien pueden sustituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer su testamento de esta manera: *hijo mio, sed mi heredero; pero si murieres antes de entrar en la edad de la pubertad, que lo sea Mevio.* 5.° Que sin el consentimiento del padre no podian los hijos ni casarse, ni recibir en mútuo, ni efectuar algun otro negocio de gravedad. En cambio de esta ámplia facultad que los padres ejercian en sus hijos, tenian estos tambien ciertas prerogativas. *Primera.* Gozaban de todos los derechos i de todos los honores que pertenecian á sus padres. *Segunda.* Podian ascender á su rango i dignidad, importando nada hubieran nacido antes ó despues que sus padres hubiesen llegado á él. *Tercera.* Las leyes les concedian el beneficio de suceder á sus padres, i perpetuar su nombre, honores i timbres de la familia en toda su descendencia; igualmente gozaban de otros varios derechos.

5. Esta potestad paterna recibió varias restricciones, pues se coartó el derecho de vida i muerte que procedia de una lei antigua de Rómulo. Se moderó el de la venta de los hijos: acerca de lo que estos adquirian, se establecieron nuevas layes; i el de darlos *in noxa* desapareció. Posteriormente se disminuyó el derecho de vida i muerte, é insensiblemente las leyes lo templaron con mucha sabiduría. Principió esto por la constitucion de Trajano, que obligaba al padre emancipar al hijo que castigaba con demasiado rigor. Despues Adriano condenó á destierro perpetuo á un padre que mató á su hijo en la caza; i se decia nada menos, haber cometido incesto con su madrasta; porque le habia quitado la vida mas bien como á ladron i asesino, que como un padre que se sirve del poder que las leyes le concedian, i porque el poder paternal no debia ejercitarse con crueldad, sino mas bien con la moderacion propia del amor i ternura que un padre debe tener á sus hijos. *La patria potestad no debe consistir en la atrocidad, sino en la piedad.* Por último, Alejandro Severo viendo que era cosa odiosa que un padre quitára por sus propias manos la vida al que habia dado el ser, ordenó, que si un hijo de familia cometia algun crímen que mereciese algun castigo severo, el padre no tuviera derecho de hacerse justicia á sí mismo, sino dictase al majistrado la pena que queria se le impusiera: el juez estaba obligado á pronunciarla despues de algun tiempo, para que la cólera del padre tuviera lugar de calmarse, i que la ternura paternal sustituyese al

furor. Despues de estas constituciones, el padre que mataba á su hijo, cometia *parricidio*, i como á tal era castigado (1).

6. Acerca de la amplia facultad de vender á los hijos, Constantino Magno estableció no pudiera el padre ejercer este derecho, sino solo en estrema necesidad, cuando no pudiese alimentar al hijo; i para ello se requeria fuese sanguinolento, esto es, estuviera en la lactancia, pues era de presumir no habria comprador. ¿Quién habia de comprar un niño que, necesitando de nodriza, en muchos años no podia prestar utilidad?

---

(1) La razon es bastante obvia, pues los padres ó son mui induljentes, ó severos, ó varones justos. Si lo primero, fácilmente perdonarian á los hijos los delitos que cometieran, por atroces que fuesen. Si severos, abusarian de esta facultad, i castigarian con mas rigor el delito, i aun le impondrian pena al hijo inocente. Si lo último, con gran sentimiento de su corazon ejercerian justicia en sus hijos. A todos es manifiesto lo que pasó á Dracon, lejislador de los atenienses, con su hijo, pues habiendo establecido que á los adúlteros se les sacasen los ojos, convencido su hijo de adulterio, rogó que otro se los sacára á un hijo suyo. De aqui está mui bien determinado pase este derecho al majistrado, que por la lei tiene en sus manos la balanza de la justicia, i que pesa en ella los delitos sin respetos humanos.

7. Hubo tambien mutacion con respecto á lo que el hijo adquiria, pues se detallaron ciertas porciones que legalmente retuvieron, i á las que llamadas peculios, constituyeron un caudal en el que, observándose ciertas particularidades, hemos dejado su materia para tratarla aparte en el *libro* 2.º *título* 9.º.

8. Al hijo, finalmente, se prohibió dar *in noxa* por Justiniano. En el dia por rara casualidad compete al abuelo potestad paterna en sus nietos, pues por el casamiento i velacion salen los hijos de la patria potestad (1).

9 Falta hablemos de los modos de adquirir la patria potestad, en los que hai mucha analojía con el modo de constituir la esclavitud, entre la que se encontraba mui poca diferencia. Hemos dicho que los siervos *nacian ó se hacian*. §. 7.º tít. 5. Igualmente los hijos *nacen ó se hacen*. *Nacen* de las justas nupcias, pues se tiene por padre al que lo demuestran las justas nupcias, i se reputa del hijo que nazca dentro de los siete meses contados desde el en que se casó, ó diez de muerto el esposo. *Se hacen* por la adopcion, i por la lejitimacion. Son, pues, tres los modos de adquirir la patria potestad: las *nupcias*, la *lejitimacion*, i la *adopcion*; de los que se habla en sus respectivos títulos.

(1) *Véase á Sala tít.* 3. *tomo* 1. *nú.* 1 *i* 2.

TITULO X.

De las nupcias.

§. 1.º Razon del método.
§. 2.º, 3.º, 4.º i 5.º Qué sean nupcias por derecho *natural*, *canónico*, *civil*, i por el de los *protestantes*. Se esplican sus definiciones.
§. 6.º i 7.º Resúmen de las reglas que prescribe cada uno de estos derechos Con razon es coartada la libertad natural que tiene el hombre para casarse.
§. 8.º Rito con que se celebraban las nupcias entre los romanos. Ceremonias precisas por derecho canónico.
§. 9.º i 10.º El error tocante á la persona de uno de los contrayentes hace el matrimonio nulo. Especies de error.
§. 11.º El temor hace igualmente nulas las nupcias.
§. 12.º i 13.º Edad para casarse.
§. 14.º Personas que pueden contraer nupcias.
§. 15.º El hijo de familias necesita del consentimiento paterno.
§. 16.º Razones en que está fundada esta doctrina.
§. 17.º, 18.º i 19.º Casos en qué les es lí-

cito á los hijos casarse sin el consentimiento de sus padres.

§. 20.° Qué esté determinado por nuestro derecho sobre este particular.

§. 21.° Entre qué personas está prohibido el matrimonio. Qué sea *cognacion*.

§. 22.° Qué sea *grado*, qué *línea*: se esplica la *recta* i la *curba*.

§. 23.° hasta el 27.° Modo de contar los grados, tanto por el derecho civil como por el canónico. Ejemplos para facilitar la esplicacion.

§. 28.°, 29.° i 30.° Dentro de qué grados estan prohibidas las nupcias.

§. 31.° Qué debe hacerse cuando el padre adopta á su yerno ó nuera.

§. 32.° i 33.° Entre los primos hermanos se prohibe el matrimonio. Constituciones de los Emperadores sobre esta materia.

§. 34.° Qué sea *afinidad*. Método que ha de observarse para hacer la computacion de grados entre los afines.

§. 35.° Disposicion del derecho canónico sobre la afinidad.

§. 36.° Qué se observa por el nuestro.

§. 37.° i 38.° Afinidad que resulta por el matrimonio que no ha llegado á consumarse.

§. 39.° Prohibicion de las nupcias respecto á la *parentela*.

1. El primer modo de adquirir la patria potestad es por las *nupcias*; de las que tratamos con bastante estension. Ante todo ha de observarse que en el matrimonio unas cosas prescribe el *derecho natural*, otras el de *jentes* i otras el *canónico*, que es diverso del civil en este punto, i contrario á estos el derecho de los *protestantes*; p. e. el derecho natural ignora los ritos nupciales; el derecho canónico los juzga necesarios, pues nosotros que somos C. A. R. tenemos i reputamos por uno de los siete sacramentos al matrimonio. Por último, el derecho de los protestantes no admite como sacramento,

i permite el rito nupcial á todo majistrado. Hablaremos, pues, de estos diversos derechos con distincion, esponiendo con la claridad que nos sea dable todos los puntos que indican los párrafos contenidos en el epígrafe.

2. Las nupcias las definen de una manera los que han escrito del derecho natural; de otra los canonistas; de otro modo el derecho civil; mui diversamente el protestante. Nupcia por el derecho natural es *la union del hombre con la mujer para enjendrar hijos.* Por este derecho no se ecsije sean dos ó mas las personas que se casan. Tampoco repugna sean parientes los esposos. Todas estas cosas estan delineadas por otros derechos, diversos en este particular del natural: para él basta solo que *haya procreacion.* Asi es que por el mismo derecho natural fueron lejítimas las nupcias contraidas por los hijos de Adan con sus hermanas, no solo porque no habia otras personas con qué unirse para poblar el globo, segun el precepto de Dios, sino tambien porque no habia lei que lo prohibiera.

3. Por el derecho canónico las nupcias son *un sacramento propio de los legos* (1), *por el que se une el hombre con la mujer segun los preceptos de la iglesia.* Se llaman las nupcias *sacramento*, pues constituye el séptimo entre nosotros. Se dice *propio de los legos*, porque solo

---

(1) *Se entiende por legos los que no estan iniciados en algun orden sagrado, ni hecho voto de castidad.*

estos pueden casarse: el conocimiento de las causas matrimoniales, con respecto á su validacion, es privativo de la iglesia, sin que algun majistrado seglar pueda intervenir en ellas, mas que el sumo pontífice, los obispos i los delegados de estos; debiendo observarse las ceremonias i solemnidades que estan establecidas.

4. Por el derecho civil las nupcias son *la union del varon con la hembra, permaneciendo juntos toda la vida, comunicándose los derechos divinos i humanos.* Se llama *union* el matrimonio, pues por derecho civil el mútuo consentimiento constituye las nupcias, aunque no se siga la cohabitacion *del varon con la hembra*, pues solo se permitia la monogamia, esto es, que el hombre se casara con una mujer, i una mujer con un hombre. Añadimos *permaneciendo juntos toda la vida*; pues mientras no se declaraba el divorcio, debian habitar bajo un mismo techo. Finalmente, decimos *comunicándose los derechos divinos i humanos*, pues los romanos tenian sus dioses domésticos que llamaban *Lares i Penates*, i hacian á sus esposas participantes de ellos.

5. Por último, entre los protestantes las nupcias son *la sociedad indisoluble del hombre con la mujer, instituida por Dios para ayudarse mútuamente i procrear hijos.* Llaman *sociedad del hombre con la mujer*, segun las palabras del *Génesis II.* 24: *indisoluble*, por el testo de *S. Mateo XXIV.* 6. Añaden *instituida por Dios*, con arreglo al mismo *Génesis II* 21: por último, *para la jeneracion* i cuidado de la prole, *Géne-*

sis I. 1 ; *i para ayudarse mútuamente, Génesis II.* 18.

6. De estas definiciones se sacan diversas reglas para decidir las causas matrimoniales. *Primera.* Por el derecho natural se deciden aquellas que se oponen *al fin del matrimonio*: todo lo que repugna á este es injusto: v. g. el matrimonio de los eunucos. *Segunda.* Por el romano se prohibe todo lo que está en contraposicion de la *honestidad i leyes civiles*; de aqui ninguno puede casarse con su hija adoptiva. *Tercera.* Por el derecho canónico estan vedadas *las que no se arreglan á los preceptos de la iglesia*; por lo que no se les permite el matrimonio, v. g. á los clérigos de órden sagrado. *Cuarta.* Los protestantes *todo lo refieren al derecho divino* revelado por Dios en las Santas Escrituras. Ciñéndonos á lo establecido por el derecho, veremos lo constituido por el nuestro, que en todo está conforme con el canónico.

7. La libertad natural en el hombre para casarse le ha sido restrinjida por las leyes civiles, con ciertas reglas i preceptos políticos. Aquella propension que la naturaleza ha dado á todos los animales para la union de los dos secsos, debe ser moderada en el hombre, por los lazos del honor i del pudor; esto nos lo enseña la luz natural. Las leyes civiles van aun mas lejos: ellas nos ordenan seguir en esta ocasion las formalidades que ecsijen, á fin de que el estado no se llene sino de hijos lejítimos, en que la serie contínua pueda formar las familias, i conservar en los siglos futuros la memoria de sus antepasados.

Esta es la razon porque las leyes de cada pueblo ecsijen ciertas condiciones para la validacion del matrimonio, que pasa sin contradiccion por el mas importante de todos los contratos. Estas condiciones no coartan la libertad del matrimonio, pues que estamos obligados á vivir siguiendo las leyes de nuestro pais, i que un hombre de bien debe considerar como cosa imposible todo lo que está prohibido por las leyes.

8. Por derecho civil solo el mútuo consentimiento constituia ó formaba las nupcias, no el ayuntamiento, no la morada en la misma casa, pues todo esto se reputaba como complemento del contrato. Por esta razon un ausente puede contraer matrimonio con otro ausente, i el ausente muerto antes de haberse unido con su consorte, debe ser llorado por el que le sobrevive (1): igualmente valen los pactos dotales desde el momento, aunque la esposa muera antes de subir al lecho conyugal. Por el canónico, ademas del consentimiento, se requiere la bendicion sacerdotal, pues sin ella el matrimonio no es lejítimo. Despues del Concilio Tridentino, el matrimonio celebrado sin esta bendicion es írrito, i no surte efecto alguno, pues se reputa como un concubinato, sin que la iglesia reconozca por cónyujes á los que celebran un tal maridaje (2).

9. Hemos dicho que el consentimiento de los

---

(1) *L. 6. ff. de ritu nupt.*

(2) *A esta union llaman los franceses un* casamiento de conciencia.

que contraen nupcias es absolutamente necesario, pues esto es lo que constituye la substancia i base del matrimonio. No puede haber casamiento entre los que no quieren contraerlo; pero es necesario protesten antes la falta de voluntad. Siendo el fundamento del contrato el consentimiento mútuo de los contrayentes, se sigue: 1.° Que los que son incapaces de consentir no pueden casarse. Como el consentimiento que forma las nupcias debe ser determinado á una cierta persona, es consiguiente que el error tocante á la persona con quien trata uno de unirse, lo hace absolutamente nulo, porque el que se engaña sobre este particular, no tiene voluntad de casarse con la persona que le substituyen en lugar de la que quiere (1).

10. El error puede ser respecto á la persona, á la cualidad de ella misma, i á su fortuna, en cuyo último caso es válido el matrimonio; por que si, p. e. el casamiento es con una mujer que se cree noble, ó con una de pocos intereses que se juzga de mucho caudal, i despues aparece

---

(1) *Asi se ha observado en todas las naciones, i en todos tiempos. En efecto, no hai nada mas contrario al consentimiento que forma la base del matrimonio que el error, i este principio no es destruido por el matrimonio de Jacob i Lia, aunque Lavan lo engañó poniendo á esta en lugar de Raquel, con quien pensaba casarse, porque Jacob ratificó despues su matrimonio con Lia.*

plebeya, ó sin dineros, como estas cualidades no son esenciales al matrimonio, el error que interviene no pone algun obstáculo á su validacion, pues que es siempre cierto quiso casarse con aquella persona.

11. El temor que quita absolutamente la libertad del consentimiento, hace al matrimonio nulo, pues que nada hai mas opuesto al consentimiento que la violencia. Queda sentado que toda la base del matrimonio es el mútuo consentimiento de los contrayentes; por lo que se advierte desde luego que las nupcias celebradas con temor tendrán malas consecuencias; i pues que el temor que nos hace contraer un matrimonio á pesar nuestro, lo hace nulo, es preciso ver qué clase de temor ha de ser este: es necesario sea un miedo capaz de intimidar á un hombre de corazon intrépido, como el temor de la muerte, de los tormentos, de las prisiones &c. Asi un temor lijero no bastaria para anularlo. Es necesario decir lo mismo de un temor respetuoso, esto es, de aquel que tienen los infantes en incurrir en la desgracia de su padre, si resisten á su voluntad; porque, aunque por este temor hayan aceptado contra su propia inclinacion el partido que sus padres les hayan empeñado á tomar, esta sumision es contada por una razon que ha violentado su voluntad, aunque no sea reputada por una verdadera violencia.

12. La segunda condicion que se requiere para hacer el matrimonio justo i lejítimo es que los que se casan tengan la edad de la pubertad, i esten en estado de dar su consentimiento para

casarse con la mira de tener hijos i perpetuar su familia. El principal fin del matrimonio es la procreacion de los hijos; por lo tanto el que por su edad no puede tener hijos, tampoco puede casarse. La edad de la pubertad es la edad en que el hombre comienza á tener la facultad de enjendrar, que siguiendo las leyes romanas, los varones eran púberos á los 14 años, i las mujeres á los 12 cumplidos en ambos secsos. Esto debe entenderse de la simple pubertad que basta para contraer nupcias, i no de la pubertad completa, que los varones no la tienen hasta entrar en los 18 años, i las mujeres á los 15 cumplidos (1).

15. Nos queda que ecsaminar por qué adquieren la pubertad las mujeres primero que los hombres. Esta diferencia proviene de que naturaleza, lo mismo que el arte, forma en menos tiempo lo que es menos perfecto. Asi las mujeres adquieren la perfeccion del cuerpo i la intelijencia que es proporcionada á su secso mucho antes que los hombres lleguen á su perfeccion. El derecho canónico permite puedan contraer nupcias los que aun no han entrado en la edad de la pubertad, siempre que la naturaleza se adelante (2). A los Príncipes, que aun no han

---

(1) *En muchas ocasiones para efectos civiles se requiere la pubertad completa, como sucede en la adopcion.*

(2) *A esto llaman* suplir la malicia á la edad.

cumplido los años en que se cree esté el hombre en estado de enjendrar, se le concede puedan contraer nupcias, mas con la condicion de que no se unan hasta cumplir la debida edad.

14. El tercer requisito era que las nupcias solo podian contraerlas los ciudadanos romanos (1). En efecto, aunque el matrimonio, siguiendo las reglas del honor i del pudor, proviene del derecho de jentes, pues todos los hombres pueden casarse; sinembargo el derecho civil que habia prescrito ciertas formas para hacer un matrimonio lejítimo, no reconocia á otros en cuanto á los efectos civiles que el que se celebraba entre los ciudadanos romanos. El maridaje entre los esclavos no se llamaba nupcias sino *contubernio*, i el que entre los peregrinos *matrimonio* (2). Esto es, los peregrinos tenian mujeres; mas su union no producia los mismos efectos que las nupcias, pues en los hijos que procreaban no tenian sus padres aquella patria potestad, propia solo de los ciudadanos romanos.

15. La cuarta condicion era el consenti-

---

(1) *La voz* nupcia *tiene su oríjen de la latina* nubendo, *que significa* cubrir, *porque la novia se cubria la cabeza i rostro con un velo blanco, cuando iba á casarse.*

(2) *Llamaban* peregrinos *á todo estranjero que residia en el imperio, pues de aquellas naciones que vivian en paz con los romanos, muchos se avecindaban en Roma, sin que por esto gozáran del derecho de ciudad.*

miento de aquellos en cuyo poder estaban los contrayentes; consentimiento que la razon natural i civil requiere. La razon natural está fundada en el respeto que los hijos deben tener á sus padres, que es absolutamente violado por los hijos que se casan sin obtener el consentimiento de los que les son deudores de su ser i educacion. Asi cuando no hubiera lei sobre esto, naturaleza habla bastante, i no es necesario mas que el sentido comun para instruirnos de semejante deber. La civil está fundada en dos causas. *Primera*. Porque de las nupcias contraidas por el hijo de familia sin el consentimiento de su padre, podrán nacer hijos que vendrán quizás algun dia á ser herederos suyos, esto es, del abuelo, el que se veria precisado á dejar la herencia á personas que no eran de su agrado. *Segunda*. Porque no es permitido disponer de lo que pertenece á su padre; i seria dar menoscabo al derecho que tienen los padres en las personas de sus hijos, pues los que se casan imponen un derecho sobre ellos mismos, por el poder mutuo i recíproco que tienen sobre sus personas, i no lo pueden hacer con perjuicio del que han adquirido sus padres.

16. Hai mucha diferencia entre la razon natural i la civil. La natural no impone á los hijos una necesidad absoluta de obtener, para casarse, el consentimiento paterno; solo es con respecto al beneficio i honor de ellos mismos. Ademas, esta razon natural tiene lugar aun para con los hijos que no están en la patria potestad de su padre. La civil, por el contrario, quiere que los

hijos no se casen sino con el consentimiento de su padre; i era este tan necesario entre los romanos, que si no precedia, las nupcias se tenian por nulas. Como la razon civil no está fundada sino sobre el poder paterno, se sigue, que no obliga á los que están ya fuera de la patria potestad, como los emancipados; i segun el mismo derecho civil no tenian necesidad del de las madres, pues estaban destituidas de la patria potestad, i solo debian hacerlo por respeto.

Sinembargo, las hijas solteras i las viudas menores, aunque emancipadas, estaban obligadas por las constituciones de los Emperadores á obtener el consentimiento de sus padres, ó en su defecto el de sus madres i parientes mas prócsimos; i si se oponian al casamiento, debian alcanzarlo del majistrado, por la razon de que el jenio de las mujeres les hace muchas veces tomar un partido contrario á sus propios intereses, sobre todo cuando se trata de la eleccion de marido. Pero el consentimiento tácito del padre bastaba para la validacion del matrimonio de su hijo, es decir, luego que tenia conocimiento de él, i no se oponia.

17. No obstante hai casos en que los hijos de familia pueden casarse sin el consentimiento de sus padres; v. g. si están furiosos ó en demencia: i antes del Emperedor Justiniano estaban obligados á aguardar tres años para casarse, cuando el padre no podia manifestar su consentimiento; ó de obtener un rescripto del Príncipe, que le permitiese hacerlo antes de este tiempo. El Emperador Marco Aurelio concedió

al hijo i á la hija, cuyo padre ó abuelo estaba en demencia, casarse sin tener necesidad para efectuarlo de aguardar los tres años, ni de obtener rescripto del Príncipe. Por la interpretacion de los jurisconsultos se ampliaba el privilejio á las hijas aunque no tuviesen á su padre furioso, porque faltaba en ellas la razon de que les naceria á sus padres herederos forzosos, á causa de que estas no estaban en la potestad ni en la familia de su abuelo materno, sino de la del padre de su marido. Ademas, la belleza de las mujeres se marchita pronto, i habrá algunas veces peligro en retardar su casamiento.

18. Con respecto á los hijos de un furioso, las opiniones estaban divididas; pero Justiniano ordenó que sin diferencia de secsos, pudisen casarse sin aguardar los tres años, i sin necesidad del rescripto, los hijos de los furiosos. Por esta última lei se mandó que en este caso el matrimonio se hiciese con el consentimiento del curador del padre, con el aviso de los mas prócsimos parientes, i bajo la autoridad del obispo de la ciudad ó del majistrado civil.

19. Habia ademas dos casos en que los hijos de familia podian casarse sin el consentimiento de sus padres. 1.° Cuando el padre caia en cautividad, ó estaba ausente, ignorándose el lugar de su residencia, en cuyo caso los hijos estaban obligados á esperar por los tres años. Despues se les permitió pudieran contraer las nupcias sin aguardar este plazo, siempre que lo hiciesen de manera que sus padres, si volvian, no tuviesen motivo para desaprobar su eleccion.

2.º Si el padre sin causa impedia al hijo casarse, rehusando dar su consentimiento, en cuyo caso podian impetrar la licencia del majistrado.

20. En España, no menos que entre los romanos, es necesario el consentimiento paterno para casarse (1). No es necesario ser ciudadano, pues como sacramento, la cualidad de estranjero no opone algun obstáculo; i se puede celebrar aun con personas condenadas á muerte. Se requiere asímismo tener la edad de la pubertad, determinándola en el hombre á los 14 años, í en las mujeres á los 12, á no ser que la malicia supla á la edad, en cuyo caso, siguiendo la disposicion del derecho canónico, el matrimonio será verdadero, aunque celebrado antes de la edad en que las leyes han demarcado la apta para enjendrar. El casamiento celebrado sin el consentimiento del padre, antes de la edad en que deben ecsijirlo, no es nulo, pues por el Concilio Tridentino, *S. 24 de Ref. cap. 1.º* se reputa por válido, aunque los contrayentes incurren en las penas que se espresan en la pracmática que se cita en la *nota*. Se requiere ademas que antes de casarse sean amonestados tres veces, en otros tantos dias festivos, al tiempo del *ofertorio* de la misa que se celebra *pro populo* en sus parroquias, para que si alguna persona sabe algun impedimento lo manifieste, pudien-

---

(1) Véase la Pracmática Sancion que se publicó en Madrid en 28 de Abril de 1803, i trae Sala en el tomo 1.º f. 29. §. 9.

do los obispos dispensar las amonestaciones, aunque deben ser en esto mui cuerdos; i está en uso que el párroco de la vecindad de la novia sea el ministro del sacramento.

21. El quinto requisito era que los que se casan puedan juntarse con arreglo á las leyes, pues entre ciertas personas están prohibidas las nupcias como *incestuosas*, como *indecorosas*, ó como *dañosas*, pues para que el matrimonio sea lejítimo, es menester no haya impedimento; puede este provenir por la *cognacion*, por la *afinidad*, por la *pública honestidad*, por la *dignidad* ó por el *poder*. La cognacion, *es el parentesco que hai entre las personas que descienden de un mismo tronco*. Hai tres especies de cognacion; *natural*, *civil* i *mista*. Cognacion ó parentesco natural, es el que está fundado solo en el derecho natural, proviniendo de las mujeres, ó de una union que no está autorizada por las leyes: así los hermanos uterinos no están unidos sino por los lazos del parentesco natural; lo mismo que los hijos habidos fuera de matrimonio, con respecto á su padre. El civil está fundado solo en el derecho civil; resultando este parentesco por la adopcion. El misto procede tanto del derecho natural, como del civil, i no es producido sino por un casamiento lejítimo.

22. De lo dicho se deduce que el parentesco entre dos personas proviene de que ó descienden la una de la otra, i esto forma la serie de ascendientes i descendientes, ó de que ambos descienden de un mismo tronco, que es lo que forma la línea de los colaterales. Se juzga de la

procsimidad entre dos ó mas personas por el número de las jeneraciones, que se llama *grado*: i *línea*, la série de ascendientes i descendientes, ó de los que proceden de un mismo tronco. La línea de la cognacion es *recta* ú *oblícua*. Llamamos línea recta la que abraza el órden de ascendientes i descendientes. Asi, cuando en la computacion de grados asciendo á los antepasados, la línea será de *ascendientes*, i cuando desciendo á la posteridad, de *descendientes*. La oblícua ó lateral es el órden de aquellos que no descienden el uno del otro, pero que provienen de un mismo tronco ó raiz, como sucede con los hermanos, los tios respecto á sus sobrinos, los primos con los hijos de sus tios &c. De los hermanos el tronco comun es el padre; de los tios i primos, el abuelo. La línea oblícua es igual ó desigual. *Igual*, cuando en la computacion de las personas, entre quienes se van á ecsaminar los grados de parentesco, hai la misma distancia al tronco comun de la una á la otra: p. e. los hermanos estan en línea oblícua igual, porque lo mismo dista un hermano del tronco comun, como el otro hermano: entre los primos hermanos ocurre la misma distancia de su raiz que es el abuelo. *Desigual*, cuando por un lado se muestran mas personas que por el otro: v. g. los tios i los sobrinos.

25. Con estos preliminares se comprende con facilidad la teoría de la computacion de grados: para formarla se van contando las personas enjendradas que hai de una persona á otra. Por el derecho civil, en la línea recta se cuentan los

grados por el número de personas enjendradas, de suerte que cada persona hace un grado: asi del padre al hijo hai un grado, porque del hijo al padre no hai mas que una persona enjendrada, que es el hijo: el nieto dista de su abuelo dos grados, porque del abuelo al nieto no hai sino dos personas enjendradas, á saber, el hijo i el nieto &c.

24. En la línea colateral, siguiendo el órden prescripto por el derecho civil, cada persona enjendrada añade un grado, de suerte que habrá tantos grados entre dos colaterales, como personas disten de un lado i del otro del tronco comun, debiendo principiarse, para la computacion, por la persona de quien se quiere buscar el parentesco, subiendo hasta el tronco comun, descendiendo en seguida hasta llegar al otro pariente colateral; i cada persona que se encuentre de una i otra parte, procedente del mismo tronco, hace un grado. Asi pues, yo i mi hermano estamos en la línea oblícua igual i en segundo grado, porque de mí á mi padre, tronco comun, hai una persona, i de este á mi hermano otra; luego estoi en segundo grado. Yo i mi tio estamos en tercer grado, pues de mí á mi padre hai una persona, de mi padre á mi abuelo, tronco comun, otra, que son dos: de mi abuelo á mi tio otra, que son por todas tres personas; luego estoi en tercer grado con mi tio. Yo i mi primo hermano estamos en cuarto grado; pues de mí á mi padre hai una persona; de mi padre á mi abuelo, tronco comun, otra, son dos; de mi abuelo á mi tio, padre de mi primo, otra, son

tres; i de mi tio á su hijo, que es mi primo hermano, otra, son cuatro; luego estoi en cuarto grado con mi primo hermano. &c.

25. De aqui se sigue: 1.° Que es necesario subir hasta el tronco comun, i contar ó por personas ó por jeneraciones; que si cuento por personas, debe quitarse una; pues en el primer ejemplo puedo hacer la computacion tambien de este modo: yo uno, mi padre dos, mi hermano tres; quito uno, quedan dos; estoi pues en segundo grado con mi hermano: lo mismo en el segundo i tercer ejemplo puede decirse: yo uno, mi padre dos, mi abuelo tres; mi tio cuatro: quito uno, quedan tres; luego estoi en tercer grado con mi tio &c. 2.° Que en la línea colateral no hai por derecho civil primer grado, pues mi hermano, que encuentro primero en la línea colateral, es mi pariente en segundo grado.

26. Por derecho canónico los grados se cuentan en la línea derecha del mismo modo que por derecho civil, de suerte que cada persona enjendrada forma un grado. En la colateral desde el Pontificado de Gregorio I. se principió á contar los grados de otra manera, es decir, que no se cuenta sino por el número de personas enjendradas por un solo lado, i esto hace que en línea oblicua no hai segundo grado, como sucede por el derecho civil, pues dos hermanos, que como vimos, estaban en segundo grado, por el derecho canónico están en primero. Por la misma razon, los primos hermanos estan en segundo grado, aunque por el derecho civil esten en cuarto.

27. Admitida esta nueva manera de contar

los grados en la línea colateral, los intérpretes del derecho canónico establecieron dos reglas que fueron aprobadas por los soberanos Pontífices. *Primera.* Cuando los colaterales estuviesen igualmente distantes del tronco comun, estarán entre sí en tantos grados en cuantos habrá entre cualquiera de ellos i el tronco comun. *Segunda.* Cuando no estan en igual distancia, habrá tantos grados cuantos haya desde el mas remoto al tronco comun. Ejemplo del primer caso: los primos hermanos estan entre sí en segundo grado, pues de un primo á su padre no hai mas que una persona, i desde esta al abuelo, tronco comun, otra; luego estan en segundo grado. Ejemplo del segundo: el tio i el sobrino no estan igualmente distantes del tronco comun, pues el sobrino dista dos grados del tronco comun, i el tio solo uno; luego estan estos en la línea colateral desigual, i por el derecho canónico en segundo grado; *pues el mas remoto atrae hácia sí al mas prócsimo.*

28. Por ambos derechos el parentesco por línea derecha impide el matrimonio hasta lo infinito, no influyendo sea por union lejítima ó ilejítima; porque esta prohibicion proviene del derecho de jentes, del pudor i del honor que se deben, principalmente en el matrimonio. La naturaleza nos hace conocer que esta union es una torpeza; que ha estado casi totalmente aborrecida entre todas las naciones desde la creacion del mundo: ella ha sido reputada ecsecrable en las personas mismas de aquellos entre los que se encuentra autorizada, aunque por error. El respe-

to, la sumision i la obediencia que los hijos deben á sus padres son enteramente opuestas al amor conyugal, al que el marido i la mujer estan mútuamente obligados. Esto hace ver cuan incompatible es la cualidad de hijo i esposo, de hija i mujer.

29. Con respecto al parentesco meramente civil, que segun dijimos en el §. 20, es el producido por la adopcion, se prohibe el matrimonio entre los padres é hijos adoptivos, aun cuando los emancipen. La razon es que el recuerdo de este parentesco no deja de representar siempre al espíritu una especie de pudor i vergüenza pública que pone impedimento al matrimonio. En efecto, ¿quién no tendrá horror de ver una mujer tratar como á su marido al que hubiera mirado i respetado como á padre?

30. En la línea colateral se prohiben por derecho canónico las nupcias hasta el cuarto grado inclusive: cuando proviene el parentesco en tercero i cuarto grado, se dispensa el impedimento; en segundo, cuando intervienen poderosísimas causas, i en primero jamas. La prohibicion entre los ascendientes subsiste; i si estas personas se unieran, cometerian un horrible crímen, que seria castigado hasta con la última pena. I es tan rigorosa la prohibicion, que si Adan viviese, i Eva hubiera muerto, no encontraria nuestro primer padre mujer con quien casarse, pues todas son sus hijas. El parentesco por adopcion se dispensa.

31. Al principio del mundo el matrimonio entre hermanos fue permitido; mas despues es-

presamente prohibido por Dios (1), subsistiendo igualmente por derecho civil i canónico. Pero no lo está por derecho de jentes (2). A este asunto se pregunta: ¿qué sucederia cuando uno adoptase á su yerno, sin preceder antes la emancipacion de su hija con quien estaba casado; ó si adoptase á la nuera sin haber emancipado á su hijo? En este caso ¿la adopcion seria nula ó se disolveria el matrimonio? Teófilo pretende que en este caso el matrimonio seria disuelto, á causa que por la adopcion se harian hermanos los que estaban casados.

52. Por la *Instituta* se permite á los primos hermanos casarse entre sí. Desde los primitivos tiempos de la república los romanos se abstuvieron de esta suerte de casamientos solo por pudor, sin lei alguna que lo prohibiese. Pero hácia el ocaso de la misma república las costumbres de la ciudad se hallaban corrompidas, i el uso del matrimonio dentro del cuarto grado se introdujo, como nos lo refiere *Tácito* en sus Anales. Teodosio el Grande fue el primero que prohibió las nupcias entre los primos hermanos, bajo la pena del fuego i confiscacion de todos los

---

(1) *Levítico, cap. 18 i 20. Deuter. cap. 27.*

(2) *Entre los ejipcios i atenienses estaba permitido casarse los hermanos entre sí. Por lo que siempre que se encuentra en el cuerpo del derecho civil lei que prohiba ó vede estas uniones, debe entenderse procede solo del derecho civil, mas no del de jentes.*

bienes (1). La razon de esta prohibicion es que nuestros primos hermanos parece que estan en lugar de hermanos.

53. En el Oriente, poco despues de la muerte de Teodosio, su constitucion fue confirmada por Arcadio, dulcificando solamente la pena: despues mudó de opinion; abrogó la constitucion de su padre i la suya, i permitió el matrimonio entre los primos hermanos. En el Occidente Honorio prohibió siempre semejantes uniones, á menos que no fuesen contratadas en consecuencia de un rescripto del Príncipe. Justiniano, prefiriendo la última constitucion de Arcadio, consintió el matrimonio entre los primos hermanos, sin necesidad de obtener antes la gracia del Príncipe (2). Despues de la muerte

---

(1) No se encuentra en el dia esta constitucion de Teodosio el Grande; pero Sexto Aurelio Victor hace mencion de ella en la vida de este Emperador, é igualmente S. Ambrosio en su epístola á Paterno.

(2) Algunos niegan la certeza de esta constitucion de Justiniano; pero se prueba evidentemente: 1.° porque en la Instituta *está concebido en términos afirmativos, i no hai alguna razon para leer el testo en sentido negativo. 2.° Que Justiniano, no habiendo querido que se insertase en su código la última constitucion de Arcadio, que permitia estas suertes de casamientos, es claro que Justiniano no tuvo otras miras sino hacer se observase esta lei. Por último, cuando el*

de Justiniano, la constitucion de Teodosio el Grande, que prohibia los casamientos entre los primos hermanos, fue restablecida en el Oriente.

34. Dijimos que la afinidad impedia tambien las nupcias. *Afinidad, es un parentezco introducido por el derecho civil entre el esposo, i los parientes de su mujer; ó entre la esposa i los parientes de su marido.* La afinidad propiamente hablando, no es parentesco; sinembargo se aprocsima bastante, porque el marido i la mujer, llegando á ser una misma carne, la union que resulta entre ellos hace que el marido sea ligado á los parientes de su mujer, i recíprocamente que la mujer sea ligada á los parientes de su marido. No hai, hablando con propiedad, grados de afinidad, porque esta no viene por grados de jeneracion, como el parentesco; no obstante, la alianza sigue los grados de parentezco: es decir, que los grados de la afinidad, se distinguen i cuentan por el del parentesco. Así, para conocer los grados que hai entre el marido i los parientes de su mujer, i los grados entre la mujer i los parientes de su marido, no hai sino seguir

---

Emperador dice, en el título de nuptiis, *que no se puede casar ni la nieta del hermano ó hermana*, aunque esten en cuarto grado: *por la observacion que hace, escluyendo á estos del enlace entre si, hallándose en el cuarto grado, es visto que estaban entonces en uso los matrimonios en la linea colateral hasta el cuarto grado esclusive.*

los grados de parentesco que se encuentre entre el uno de los dos conyujes i sus parientes. De aqui resulta que yo estoi ligado á los parientes de mi mujer, en los mismos grados que ella lo está con ellos, i por el contrario: v. g. con mi hijastra estoi en primer grado, porque dista de su madre, que es mi esposa, un grado. El marido con los parientes de la mujer, la esposa con los parientes del marido, contraen parentesco llamado afinidad; pero no es lo mismo entre los parientes de la mujer, i los del marido; porque aunque el parentesco del uno de los dos esposos se comunica, por decirlo asi, al otro, solo es relativamente al uno de los dos, i no á los demas parientes entre sí.

35. Segun el derecho canónico, la afinidad resulta de la union carnal de un hombre con una mujer; sin que sea necesario proceda de la autorizada por el matrimonio; pero siguiendo el derecho romano, la afinidad no se contrae sino por la union carnal proveniente de las lejítimas nupcias. Por el derecho civil se prohibian en un principio las nupcias por causa de afinidad, solo entre los que venian á ser parientes por línea derecha: mas despues el matrimonio se prohibió entre los cuñados i cuñadas (1).

---

(1) *El mismo derecho canónico conocia tres jéneros de afinidad. El 1.º se contrae por las primeras nupcias; el 2.º por las segundas, i el 3.º por las terceras: p. e. si mi hermano se casa con María, entre ella i yo hai el primer gra-*

36. En España la afinidad no da derecho á las sucesiones, conforme á las leyes romanas: en cuanto á los impedimentos para casarse, que la afinidad opone entre los parientes, seguimos la disposicion del derecho canónico, que prohibe el matrimonio por causa de esta alianza, de la misma manera i en los mismos grados que se prohibe por el parentesco. En efecto, los que estan unidos por la afinidad en línea derecha, no pueden casarse entre sí, i no es lo mismo con respecto á los que estan obligados por la línea colateral; porque, aunque segun las reglas de la afinidad, impide el matrimonio, de la misma manera i en los mismos grados que el parentesco por línea colateral, sinembargo el pontífice concede dispensa, i sin dificultad se obtiene hasta el segundo grado, segun la computacion canónica: á saber, entre el marido i la prima hermana de su mujer, ó entre la mujer i el primo hermano de su marido. Cuando se trata del primer grado de afinidad en línea colateral, como entre marido i la hermana de quien él ha enviudado, ó entre la mujer i el hermano de su marido difunto, el Papa no con-

---

do de afinidad: si María, muerto mi hermano, pasa á segundas nupcias con Juan, este está en segundo grado de afinidad conmigo: si fallece María, i Juan pasa á ulterir nupcia, entre su esposa i yo habrá la afinidad del tercer jénero. Entre estas personas tambien se prohibe el matrimonio por derecho canónico.

cede esta dispensa sino á los príncipes, ó por grandes consideraciones (1).

37. Como la afinidad está fundada en aquel versículo *vir et uxor facti sunt una caro*, proviene solo de la union de los cuerpos. De lo que se sigue no puede formarse por los esponsales, ni aun por un matrimonio que no se haya consumado. Asi pues, un suegro podrá casarse con su nuera, en el caso de que su hijo haya muerto despues de la celebracion del matrimonio sin haberlo consumado; pues el matrimonio no parece está entonces prohibido entre estas personas, sino por una consideracion de honestidad pública, i no por causa de alianza, que solo se contrae por la union de los cuerpos.

38. No contrayéndose la afinidad sino entre un cónyuje i los parientes del otro, i de ninguna menera entre los parientes del marido i los de la mujer, pueden estos casarse entre sí sin necesidad de dispensa: lo que se ve todos los dias, pues dos hermanos se casan con dos hermanas.

39. La prohibicion de las nupcias *respecto á la parentela* es de gran momento, i merece una dilatada esplicacion. *Parentela es la relacion que hai entre dos personas descendientes de un mismo*

---

(1) Todo esto debe entenderse de la afinidad que procede del matrimonio: con respecto á los efectos provenientes de una union ilícita, no hai sino ver lo que se dice en el título de las Decretales de eo qui cognovit consanguineam uxoris suæ vel esponsæ.

tronco, de las que una es inmediata á la raiz, i otra mas distante. Por lo que no es suficiente que esten las personas respecto del tronco en desigualdad de grados, sino que es preciso dependa una inmediatamente de él, esto es, que entre la inmediata i la raiz, no haya persona introducida.

40. Para aclarar el punto figurémonos que no hai mas prohibicion en las nupcias que por *respecto á la parentela*: no hagamos cuenta de las leyes anteriores que las prohiben hasta el cuarto grado: esto asi, yo no puedo casarme con mi tio, pues procede inmediatamente de mi abuelo, que es tronco comun: ni mi hijo, ni mi nieto, ni el hijo de mi nieto, ni el descendiente de este &c.; ninguno de estos puede casarse con mi tia, hermana de mi padre, por razon de parentela; mas con el hijo de mi tia ya nos podemas casar, pues falta la razon de parentela; el hijo de mi tia no procede inmediatamente del tronco comun, que es mi abuelo.

41. Tanta era la relacion de parentesco entre estas personas, al parecer de los antiguos, que las llamaban divinas. Miraban á los tios con la misma veneracion que á los padres, considerándolos santos i venerables (1). Respetando á

(1) *Con elegancia dijo Simplicio*: las antiguas leyes veneraron tanto á los padres, que no dudaron llamarlos dioses. Llamábanles dioses, aun cuando estuviesen ausentes, reverenciando en esto la singular escelencia que advertian en

estas personas como sagradas é inviolables, ¿qué maravilla era estuviesen prohibidas entre ellas las nupcias por derecho divino i humano? Los mismos Emperadores reputaban la prohibicion de tal manera, que Claudio, antes de casarse con Agripina, hija de su hermano, fue necesario antecediese un senado-consulto que se lo permitió. El tirano Basilio autorizó estos matrimonios; mas Anastasio los volvió á prohibir.

42. Es necesario advertir que Justiniano en la *Instituta* dice en el §. 5.º *de este título*, que no se puede casar con la tia paterna, *aunque no lo sea sino por adopcion*, no menos que con la materna; pero no añade, aunque la tia materna no lo sea sino por adopcion. La razon es, que la adopcion no nos hace parientes por parte de madre, porque no se hacen tales sino aquellos que estan conjuntos con nosotros en la misma familia, i que vienen á ser nuestros agnados por la adopcion. En efecto, el parentesco que produce la adopcion, no es sino un lazo de familia. Asi como los hijos no estan en la potestad de la madre, ni en la de sus abuelos maternos, i solo sí en la de su padre ó abuelo paterno, igualmente la hija de mi hermana adoptiva, i la madre, tia, ó abuelo de la mujer de mi padre adoptivo, no son mis parientes. Puedo, pues, casarme con la

---

ello. *Los griegos á los tios i tias, hermanas de los padres, llamaban tambien* divinos, *para demostrar la relacion de parentesco que se debe juzgar haì con los hijos de los descendientes.*

hija de mi hermana adoptiva, porque no es parienta mia, i solo sigue la familia de su padre, i no la de la madre. Pero no puedo desposarme con la hija de mi hermano adoptivo, porque ella ha entrado conjuntamente con su padre en mi familia, i viene á ser nieta de mi padre i sobrina mia.

43. Esta prohibicion por respecto de parentela no ha lugar entre nosotros, pues solo se debe hacer la computacion de grados para ver si se permiten las nupcias entre los contrayentes, pues estando fuera del cuarto grado canónico, es válido el matrimonio, i dentro de ellos se dispensará conforme sea el grado, bien que entre tios i sobrinos no se dispensa sino por graves causas.

44. Hai otro impedimento para casarse, introducido por el derecho canónico, cual es *la cognacion espiritual*. Esta se contrae por el bautismo ó la confirmacion, entre el bautizado i el bautizante; entre este i los padres del bautizado; entre el padrino, el bautizado i sus padres; igualmente entre el confirmante i el confirmado; entre este i su padrino; entre los padres del confirmado i el confirmante; entre los padres i el padrino, á cuyo parentesco se llama compadrazgo.

45. El derecho civil ha introducido otra *cognacion*, que llamamos *civil*, i es *la que resulta de la adopcion*. Imitando esta la naturaleza, como veremos, es visto que en el mismo lugar estan los hijos adoptivos que los naturales; i por la razon que no se puede casar con la mujer cogna-

da por la jeneracion natural, por la misma no se puede casar con la cognada por la adopcion: v. g. el padre no puede casarse con la hija natural, luego ni con la adoptiva: el abuelo tampoco puede con su nieta natural; menos con la adoptiva: el hermano no puede casarse con su hermana natural, tampoco con la adoptiva &c. Pero por cuanto esta prohibicion es solo por derecho civil, i procede únicamente de la ficcion, se puede fácilmente dispensar (1).

46. Otra prohibicion procede de la *cuasi afinidad, que es la que se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales* (2): v. g. mi hermano trata de casarse con María; pero antes de realizar las nupcias, muere: hai ya entre yo i María una cuasi afinidad, que no permite nos casemos. La razon es, que los esponsales son el principio del matrimonio, i desde que son contratados, la esposa es ya considerada como unida

---

(1) *El emperador Antonino el Filósofo dió á su hija Lucila en matrimonio á su hermano adoptivo Lucio Vero, dispensando, como sumo lejislador, el impedimento civil.*

(2) *Esponsales son* los prometimientos que hacen los hombres por palabras, cuando quieren casarse. *Contraidos lejítimamente, puede ser obligado el que no quiere cumplirlo á su realizacion á solicitud del otro, á no ser que tenga justa causa para resistirse. Los esponsales pueden contraerse á la edad de siete años.* Sala, tomo 1. tít. 4.° n. 2.

á los parientes de su esposo; i aunque no tenga aun verdaderamente alianza, mi esposa está ya en alguna manera considerada como mi mujer, i yo estoi contado por consecuencia como unido á sus parientes, i ella como unida á los mios. Esta consideracion subsiste siempre, aunque el matrimonio no se efectúe; porque esta ficcion, que está fundada sobre los esponsales, queda siempre, aun despues de su disolucion (1).

47. Ademas prohiben las leyes ciertos matrimonios como *indecorosos*, ó ya por la desigualdad de estado, como entre un *senador i una libertina*, un *ciudadano i una mujer escénica ó cuestuaria*; cuya prohibicion procede de la lei Julia i Papia Popea (2). O por la anterior impudicia, como entre el *adúltero* i la *adúltera*, el *raptor* i la *rapta*.

48. Otros lo estan como *dañosos*, ora por respecto á la relijion, como entre un cristiano i una judia; ora por miedo, como sucede cuando interviene poder. En efecto, el poder es una razon civil, que justamente impide contraer matrimonio con las personas en quienes lo ejercitamos; pues puedo valerme de la fuerza, i hacer consienta contra su voluntad. Las leyes romanas traen ademas dos ejemplos. 1.º Prohibian las nupcias entre el tutor i su pupila, entre el curador i su menor; i ni aun las permitian en-

---

(1) *Novela 78, cap. 3.*

(2) *En el dia no subsiste, pues que el mismo Justiniano abrogó estas leyes.*

tre la pupila i el hijo del tutor, ó la menor i el hijo de su curador, no solo porque el uno i el otro podrian arrancar el consentimiento de la pupila ó menor con violencia, sino tambien porque podian oponerse á dar cuentas de su administracion, en lo que las perjudicarian. 2.ª Estaba vedado tambien contraer nupcias al presidente de la provincia, majistrados superiores i jueces, con mujeres de sus provincias, pues podian violentarlas, i no habia cosa que se opusiese mas á la libertad del casamiento; ademas era peligroso, pues el majistrado ligado con los vínculos del matrimonio, podia favorecer á los parientes de su mujer, que al fin son sus afines, i tiranizar á los que ella tuviese enemistad.

49. Entre nosotros la diferencia de condicion no pone impedimento al matrimonio, i un hombre constituido en dignidad puede casarse con una persona inferior á él, siempre que no esté dentro de los grados prohibidos, ó haya intervenido rapto ó seduccion. Con respecto á la autoridad i poder, este impedimento no ha sido recibido en España; así un tutor puede casarse con la que ha sido su pupila, ó casarla con su hijo, como anteceda el consentimiento de sus mas prócsimos parientes. El que administra justicia no puede casarse con mujer de su provincia, ó del territorio en que ejerce su jurisdiccion, necesitando licencia de S. M., i en su defecto pierde el empleo.

50. Si alguno contraia nupcias teniendo alguno de estos impedimentos, el matrimonio era nulo: en este caso los hijos no eran lejítimos, ni

el padre ejercia en ellos la patria potestad; ademas, lo que el uno de los contrayentes daba al otro en favor de las nupcias, como la dote, la donacion por causa de matrimonio, &c. era ordinariamante confiscado, incurriendo ademas en otras penas (1). Como los hijos que nacian de una tal union no eran lejítimos, ni podian tomar las armas de la familia, ni tenian derecho para suceder *ab intestato* á sus parientes, las convenciones matrimoniales no podian valer en consecuencia de un tal consentimiento, porque ellas eran los efectos de un matrimonio lejítimo, i los efectos no subsisten sin su causa; por lo que tampoco habrá derecho de viudedad.

51. Sinembargo, si los esposos celebran su casamiento, ignorando el impedimento que habia entre ellos, su buena fé, ó á lo menos de uno solo, haria válidas las convenciones matrimoniales, tanto respecto al que tenia buena fé, cuanto á los hijos habidos de semejante matrimonio; ellos serán contados en el número de los lejítimos, aunque el matrimonio sea nulo, i no pueda subsistir. Es la razon, que para establecer el estado de los hijos i hacerlos lejítimos, la buena fe de sus padres, ó á lo menos la de uno de los cónyujes es suficiente. Asi cuando una mujer pasa á ulteriores nupcias, despues de re-

---

(1) *Pueden verse en la lei única del Código* si quæcumque præditus potest: *en la lei penúltima C. de* interdict. matrim. *En la lei* 18 ad lege Jul. de adulter. &c.

cibidas falsas noticias de la muerte de su esposo, en este caso, supuesto que vuelva su primer marido, está obligada á continuar con él, i el segundo casamiento se declara nulo. No obstante, los hijos nacidos de este último matrimonio son lejítimos i capaces de suceder á sus padres, á causa de la buena fé de sus jenitores.

52. La misma razon hai cuando, p. e., una mujer se vuelve á casar, viviendo su primer marido, con una certificacion falsa de su muerte, constándole que está vivo, porque, aunque el matrimonio fue nulo, los hijos serán reputados lejítimos en caso que su padre no haya sido participante del fraude. Sucederá lo mismo, cuando el esposo es el que pasa á segundas nupcias.

De la lejitimacion.

§. 1.° Qué sea lejitimacion.
§. 2.° La lejitimacion no es *acto lejítimo.*
§. 3.° Fundamento de la lejitimacion.
§. 4.° Hijos susceptibles de lejitimacion.
§. 5.° hasta el 9.° Modos de lejitimar.
§. 10.° Que se observe entre nosotros.

1. OTRO modo de constituir la patria potestad es la *lejitimacion.* Nada hablan de ella las Pandectas, porque fue inventada por Constantino Magno; i de consiguiente despues de aquel tiempo que vivieron los jurisconsultos, de cuyos

escritos redactaron las Pandectas (1), la lejitimacion es *un acto por el que los hijos lejítimos se finjen nacidos de un justo matrimonio, por cuya razon están constituidos en la patria potestad, lo mismo que los lejítimos.*

2. Algunos aseguran que este mismo *acto* es de los que se llaman *lejítimos*, §. 25. *tít.* 2°.; mas se equivocan, pues los actos lejítimos fueron inventados por los jurisconsultos, fundándose en las Leyes de las doce Tablas, i la lejitimacion ni procede de la interpretacion de los prudentes, ni de las Leyes de las doce Tablas. Ademas los actos lejítimos se hacen solemnemente, i la lejitimacion no necesita de alguna solemnidad. Basta, pues, se diga simplemente es un *acto*.

3. El fundamento de la lejitimacion es la ficcion. Finje la lei que los hijos nacidos fuera de matrimonio han sido de uno justo i lejítimo (2).

---

(1) *Objetan algunos á esta doctrina la* L. últ. ff. de adopt. *i la* L. 57. ff. de ritu nupt. *de las cuales juzgan que antes de Constantino Magno la lejitimacion estuvo en uso; mas es de advertir que la* L. últ. ff. de adopt., *como aparece del mismo epígrafe, no trata de la lejitimacion, sino de la adopcion. La lei* 57 *solo habla de un privilejio especial, que no debe traerse á ejemplo.*

(2) *De estas ficciones se encuentran muchas en el derecho. La lei Cornelia finje, que el muerto en la cautividad no ha perecido en ella, sino*

Se dice en la definicion *que por esta razon son constituidos en la patria potestad*, pues tal es el efecto de la lejitimacion. Los hijos habidos fuera de matrimonio, no estan en la potestad de su padre; ni aun se supone que lo tienen, pues padre es el que lo demuestran las justas nupcias §. 9. t. 9.º Por esta razon se llaman *hijos naturales*, porque reconocen solo por tal á la naturaleza, i por la lejitimacion son constituidos en la patria potestad.

4. Habiendo cinco clases de hijos, *naturales ó bastardos, espúreos, adulterinos, incestuosos, i sacrílegos* (1) es preciso advertir que solo los

---

en la ciudad. De ficciones ha escrito con mucha erudicion Antonio Alteferra, *jurisconsulto frances.*

(1) Naturales *se llaman los nacidos de una concubina, i de un comercio que imita al matrimonio, no teniendo los padres al tiempo de la concepcion impedimento alguno, esto es, que en aquel tiempo podrian haberse casado sin necesitar dispensa.* Espúreos, *que llaman tambien* quæsiti; *son los habidos de mujeres públicas.* Adulterinos, *los que nacen de mujer que, estando casada, conoce a otro hombre, siendo necesario esté su marido ausente, pues viviendo juntos, por mas que proteste la mujer no es de su esposo el hijo, i sí de otro hombre, jamas sera creida.* Incestuosos, *los que proceden de la union de aquellas personas que tienen entre sí parentesco dentro del cuarto grado canónico.* Sacrílegos, *los*

naturales son susceptibles de lejitimacion, pues esta se hace por ficcion. Finjen las leyes, que los hijos lejitimados son habidos en justo matrimonio; i suponiendo toda ficcion términos hábiles, ni puede finjirse matrimonio con mujer cuestuaria, ni entre el adúltero i la adúltera, ni entre los prócsimos cognados ó afines; tampoco entre las personas que estan ligadas con voto de castidad, pues todos estos son incapaces de contraer matrimonio, segun dejamos dicho en el título anterior.

5. La lejitimacion se hace ó por *subsiguiente matrimonio*, ó *por oblacion á la curia*, ó *por rescripto del Príncipe*. El primer modo fué inventado por Constantino Magno, con el fin de abolir el concubinato. No quiso valiese esta lejitimacion en futuro, sino en pretérito: despues Justiniano mandó fuese perpétua. Se efectua luego que el padre de los hijos naturales se casa con la madre, como no tengan impedimento, que puede sobrevenir despues de la concepcion. En los últimos tiempos, esta suerte de lejitimacion no tenia lugar, cuando habia hijos lejítimos; pero Justiniano ordenó se pudiera lejitimar hubiese ó no hijos lejítimos.

6. A fin de que este casamiento diese la lejitimacion á los hijos naturales, era necesario prestasen estos su consentimiento; porque un hombre que es independiente, i padre de fami-

---

habidos de alguno ligado con el voto de perpétua castidad.

9. El tercero i último modo de lejitimar es *por rescripto del Príncipe*. Justiniano lo introdujo por su *Novela* 74. *cap*. 2.º i la 89. *cap*. 9.º Consistia en que el padre elevaba sus súplicas al Príncipe, pidiendole lejitimase á su hijo ó hija natural, cuya gracia se concedia con tal que el padre no tuviera otros hijos lejítimos, i que no pudiese contraer nupcias con la madre, como si, p. e., hubiese muerto, prostituídose &c. En esta lejitimacion hai que estar á lo espreso en el rescripto, pues si el Príncipe no concede la facultad de que el hijo suceda á su padre, no le debe heredar, á menos de no tener mas que este.

10. Entre nosotros solo se conocen dos modos de lejitimar los bastardos, que son por el *subsiguiente matrimonio*, i por el *rescripto del Príncipe*. En el primer caso no se necesita el consentimiento del hijo, i sí solo que los padres espresen el suyo en el modo i forma que prescribe la Santa Madre Iglesia. Esta lejitimacion, que es de derecho comun, borra enteramente el vicio del nacimiento, i dá á estos hijos todas las ventajas i los mismos derechos que á los que han nacido de un matrimonio lejímo. El *segundo*, que es por carta ó rescripto del Príncipe, no produce todos los efectos que el *primero*; pues solo se está á lo que se dice en la concesion de la gracia. Muchas veces no es modo de constituir la patria potestad, sino solo un medio de borrar la mancha natal, por lo que suele no denegarse á los espúreos; i porque muchas veces las reglas i constituciones de colejios i corporaciones prohiben la recepcion

á espúreos é ilejítimos, se alcazan rescriptos para que puedan ser admitidos (1).

TITULO XI.

De la adopcion.

(1) *Sala tomo* 1.° *t.* 6. *n.* 3.

sobre la adopcion.

§. 16.° De lo que se observa por nuestro derecho.

1. Tratamos de la adopcion en este lugar, porque es el *tercer modo de constituir la patria potestad.* I por cuanto hemos hablado de los dos primeros, esto es de las *nupcias*, i de la *lejitimacion*, queda que esplicar el último modo: fué mui frecuente en tiempo de los romanos; entre nosotros bastante rara. La adopcion se toma ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si en el *lato*, abraza dos especies, la *arrogacion* i la *adopcion*: si en el *estricto*, solo la simple *adopcion*. Bajo el primer aspecto es la adopcion *un acto solemne, por el que entra en lugar de hijo ó nieto el que no es tal por naturaleza.*

2. Decimos es un *acto solemne*, porque ó se hacia ante el pueblo en los comicios, ó delante de cinco testigos, el antestato i el libripende por medio de la moneda i el peso. En el dia tambien es acto solemne, pues se hace ante el Príncipe ó delante del majistrado. Añadimos; *por el que es contado en lugar de hijo ó nieto* &c. Debe notarse que siempre que digamos hijo se entiende igualmente hija, i cuando nieto, nieta, pues tanto á uno como á otro se adoptan. *El que no es tal por la naturaleza*; así p. e. Moises no era hijo natural de la hija de Faraon, i sinembargo por la adopcion vino á ser como su hijo. De esta definicion procede el acsioma que reina en todo el título, *la adopcion imita á la naturaleza.* El sentido de esta re-

gla es, que el que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, menos podrá serlo por la adopcion. El hijo siguiendo el curso natural, no puede ser mayor de edad que su padre.

3. Con lo dicho fácilmente se resuelven las dudas que ocurren acerca de las personas que pueden adoptar, que son todos los que pueden enjendrar; asi los *castrados* no podrán, i es absurda la *Novela* 26. *de Leon*, permitiendo el derecho de adoptar á los eunucos; pues la adopcion imita á la naturaleza. Los *impúberos* tampoco, pues como no pueden enjendar, menos adoptar. A las mujeres se les niega este derecho. La adopcion imita á la naturaleza, i no estando los hijos naturales en la potestad de su madre, menos lo estarán por la adopcion. Sinembargo por privilejio se les concedió para consuelo de los hijos perdidos en la guerra. Los menores no pueden adoptar á los que son mayores que ellos. La adopcion imita á la naturaleza; segun esta, no es uno padre hasta los 18 años, i á los 36 abuelo: se sigue de aqui que el adoptante ha de estar lo menos en la pubertad completa, esto es, que le ha de preceder en 18 años, si lo adopta en clase de hijo: i doble tiempo ó 36 años, si en lugar de nieto &c.

4. Dijimos que los castrados no podian adoptar: mas los que se llaman espadones sin dificultad. Se diferencian de los eunucos, en que solo tienen algun impedimento temporal para llenar el objeto del matrimonio, cuando los castrados lo estan perpetuamente por faltarles los órganos de la jeneracion.

5. Vimos en el §. 1.º que el fin de la adopcion era que los que no tenian hijos por naturaleza se consolasen á lo menos por medio de la adopcion. De esto se deduce: 1.º Que no pueden adoptar los que no tienen 60 años, á no ser que antes esten imposibilitados de tener hijos. 2.º Que no se les concede á los que ya tienen hijos. 3.º Que si se trata de adoptar á uno en clase de nieto, necesita el consentimiento de su hijo ó hijos. La razon está bastante clara, pues el nieto muerto el abuelo, entra en la potestad del hijo de aquel, que por la adopcion viene á ser su padre; por tanto, si mi padre adopta á uno por nieto, muerto se hace hijo mio; si hijo, tambien será mi heredero: entraria, pues, en la posesion de mis bienes contra mi voluntad; lo que se opone á los principios del derecho romano (1).

6. Hemos tratado hasta aqui de la adopcion tomada en sentido lato, que abraza la *arrogacion* i la *adopcion*, diferenciándose una i otra en el *sujeto* i en la *forma* ó modo. En el *sujeto*, pues cuando se adoptan á los hombres que estan *sui juris*, se llama *arrogacion*, i cuando á los hijos de familia, ó lo que es lo mismo, á los que

---

(1) Los espositores traen multitud de casos en que aparecen adopciones por parte de los que ya tenian hijos; pero es de advertir que las leyes en que se fundan i las dos reglas propuestas son claras i terminantes. Perizon *nos enseña no carecieron de reprehensiones por parte del pueblo los príncipes que adoptaron, teniendo ya hijos.*

estan sujetos al poderío de otro, *adopcion*. En la *forma ó modo*, pues la arrogacion ecsije precisamente rescripto del Príncipe; para la adopcion basta el imperio del majistrado; es suficiente que el padre daclare ante un juez que da á su hijo por adopcion, i asegure el que lo recibe, lo admite en clase de tal. Arrogacion, pues, no es otra cosa que *un acto por el que el hombre sui juris se constituye en la patria potestad de otro por autoridad del sumo imperante.*

7. En un principio se hacian las arrogaciones en los comicios calados, con autoridad del pontífice i observándose esta fórmula. El padre arrogante declaraba queria admitir en clase de hijo al ciudadano que consentia pasar á este estado. El pontifice le preguntaba si era gustoso. Respondiendo afirmativamente, se le ecsijia tambien dijera si se habia de hacer público, para que todos supiesen que estando *sui juris*, se constituia en la potestad sagrada de otro. Consintiendo igualmente, el majistrado recitaba la fórmula: *Velitis, jubeatis, Quirites, ut hic..... sit lege et jure L. Titii filius, æquæ ac si ex eos ejusque patrefamilias esset natus.* En seguida el pueblo manifestaba su voluntad por medio de los sufrajios; i si habia mas votos apoyando la arrogacion, se tenia á esta por perfecta. Despues se transfirió el derecho á los Emperadores: pues se transfirió en ellos los derechos del pueblo i pontífices, correspondiéndoles interpretar su autoridad en las arrogaciones.

8. Hemos visto que por la arrogacion el hombre *sui juris* se constituye en poder de

otro; de consiguiente es esta una especie de cápitis disminucion. "*La mínima.*" Se requeria precisamente el consentimiento del arrogado, pues á nadie se le debe obligar á renunciar su derecho contra su espresa voluntad. Los hijos i bienes del arrogado pasaban á la potestad i dominio del arrogador, pues en potestad de la persona principal deben estar las demas cosas accesorias; por tanto los hijos i los bienes del arrogado pasan como cosas accesorias á la potestad del arrogador. En efecto, los antiguos llamaron á la arrogacion un modo de adquirir universal; porque el arrogador adquiria todos los bienes del arrogado. A los impúberos no se puede arrogar, pues teniendo en esta edad poco juicio, é incapaces de saber el derecho que les convenga, no pueden consentir en la arrogacion. Podia objetarse que, interponiendo los tutores su autoridad, quedaba sanjada la dificultad. Empero por la tutela el pupilo debe ser defendido por su tutor, mas no darlo en arrogacion: lo que ecsede sin duda á su potestad. De aqui, pues, en lo antiguo no se podia arrogar á los pupilos; mas Antonino Pio templó el derecho, prescribiendo ciertas reglas que garantizaban los derechos de los menores, de modo que no se podia arrogar á esta clase de personas con facilidad, ni absolutamente estaba prohibido.

9. Por la dicha constitucion se requiere, 1.° *el consentimiento de los prócsimos parientes*, á quienes interesaba en gran manera, por cuanto muerto el impúbero, serian sus herederos, pues los que mueren antes de la pubertad, no

pueden hacer testamento. Juzgó con razon Antonino Pio no se les debia prohibir este derecho, como antes no lo renunciasen espresamente; en su consecuencia mandó se ecsijiera. 2.º *La autoridad del tutor*, porque para suplir el defecto de juicio en el pupilo; es necesaria mayormente cuando hai peligro de lesion, como sucede en la arrogacion. 3.º *Conocimiento de causa.* Debe el majistrado inquirir. Si el arrogador trata de arrogar al pupilo con buen ánimo. Si es justa la causa de la arrogacion. Si tiene hijos, ó no. Si esta arrogacion es provechosa al pupilo &c. 4.º *Fianza ó satisdacion*, por la que se les aseguraba á los *parientes* prócsimos, que muerto dentro de los años de la pubertad el arrojado, habia de restituirles todos sus bienes, i si lo emancipaba ó desheredaba, no solo le habia de devolver los bienes que habia traido, sino tambien la cuarta parte de la porcion lejítima (1).

---

(1) De esta cuarta se orijina una cuestion, sobre si se ha de entender la cuarta parte de todos los bienes, ó si solo la cuarta parte de la porcion lejítima. Sin disputa, á mi ver, debe entenderse la cuarta parte de todos los bienes, sin que obste la reflecsion que hacen los que llevan la contraria, de que en este caso se hará mejor la condicion de los arrogados, que la de los hijos naturales i lejítimos, que solo pueden pretender la porcion lejítima de los bienes paternos. Debe ser la cuarta parte de todos los bienes, pues asi se espresa terminantemente en muchas leyes; ho-

10. Pasemos á los *efectos de la arrogacion.* Para ello téngase presente la siguiente regla: *del mismo derecho gozan los arrogados, que los hijos lejítimos.* Entran en la patria potestad, i de aqui: 1.° tomaban el nombre del arrogador, i retenian el suyo aunque con alguna leve modificacion (1). 2.° El arrogado por un noble se hacia noble, por un plebeyo, de su misma clase; lo

---

norum enim appellatione bona omnia intelliguntur. L. 208. ff. de verb. signif. Hæc vero quarta vocatur quarta bonorum; hoc §. et L. 2. c. eodem. *Igualmente, porque dicha cuarta no se pide por la* cuereta de inoficioso testamento, *como la porcion lejítima, sino por el* juicio de familia erciscundæ §. 8. i 15. ff. de inoff. test. L. 2. §. 1.° fam. erciscundæ. *Esta cuarta no podia ser demandada, sino despues de la muerte del padre adoptivo, i como no provenia de la libertad del adoptante, sino de la disposicion de la lei, no podia cargarse en el fideicomiso. No por esto era mejor la condicion de los arrogados, que la de los mismos hijos lejítimos, pues, como dijimos, ordinariamente no podia arrogar el que tenia hijos naturales; por lo que no podian sufrir algun perjuicio, aunque el arrogado recibiese la cuarta parte de todos los bienes.*

(1) Por esto llamándose Augusto antes que le adoptara Julio Cesar, Octavio, se nombró despues Julio Cesar Octaviano. *Igualmente P. Emilio, adoptado por Scipion, se llamó despues P. Cornelio Scipion Emiliano &c.*

que en el dia cesa, porque la nobleza no está en el arbitrio de los privados, sino en la del sumo imperante que la concede en premio de sus virtudes, á los buenos ciudadanos. 3.º El arrogado se hacia participante de los derechos de agnacion, mas no de los de la sangre ó cognacion; esto es, el arrogado se hacia prócsimo pariente del padre arrogante, mas no de la mujer del que lo arrogaba, ni de ninguno de la familia de esta: de aqui la esposa del padre arrogante, no era madre del arrogado, ni el hermano de esta su tio; ni la hermana, su tia &c. Por el contrario, el arrogador se hacia padre del arrogado, su hermano tio, su hermana tia &c. 4.º El arrogado sucedia no solo á su padre arrogado, sino tambien á todos sus prócsimos parientes como agnado, mas no á la esposa de aquel, ni á sus parientes.

11. Con respecto á la adopcion estrictamente asi llamada, defínese diciendo *es un acto de la lei por el que á los hijos constituidos en poder de sus padres, adoptamos interviniendo el imperio del majistrado.* Decimos *accion de la lei.* Vimos en el §. 25. tít. 2.º llamarse acciones de la lei las que se hacian delante de ciertos majistrados, con determinado rito i fórmula, sin procurador, condicion, ni dia. Tal es la adopcion. No podia hacerse privadamente, sino delante del majistrado que tenia la accion de la lei, como los cónsules, los procónsules, los pretores i los presidentes de las provincias. Se esplicaba solemnemente con rito i fórmula, pues el hijo era vendido tres veces por su padre natural al

adoptante por medio del peso i la moneda; i el comprador recitaba la siguiente fórmula: *Hunc ego hominem meum esse ajo; est enim mihi emtus hoc ære; hac aneaque libra.* Mas adelante veremos que la adopcion no puede hacerse por procurador, ni bajo condicion, ni en dia: por lo tanto, asistiéndole todos los requisitos de la accion de la lei, está perfectamente definida. Añadimos, *por la que á los hijos constituidos en potestad de sus padres adoptamos por imperio del majistrado*; con cuyas palabras distinguimos la adopcion de la arrogacion. Era esta, cuando se adoptaban hombres *sui juris*, ó lo que es lo mismo, á padres de familia; la adopcion por el contrario, á los que estaban bajo la patria potestad. Tenemos tambien que la arrogacion se hace por rescripto del Príncipe, la adopcion por imperio del majistrado, con tal que tenga la accion de la lei, porque es acto de voluntaria jurisdiccion.

12. Con lo dicho se responde á las dudas que se suscitan sobre qué personas se adoptan; de qué manera se hace la adopcion; cual sea su efecto &c. En cuanto á lo primero, ciñéndonos á la definicion, decimos que solo á los hijos de familia, ó sea á los que estan bajo la patria potestad. De esto se colije: 1.º que basta en la adopcion el *consentimiento del padre.* En la arrogacion el arrogado es el que debe consentir §. 7.; mas en la adopcion basta quiera el padre del que es dado en adopcion, aunque el hijo lo repugne; pues el hijo constituido en la patria potestad podia ser vendido por su padre hasta tres veces. §. 3. tít. 9. La adopcion no es otra cosa que

tres ventas imajinarias, como se dijo en el §. anterior. Asi pues, no siendo necesario en la venta que el padre hacia de su hijo el consentimiento de este, tampaco era menester en la adopcion. 2.° *Pueden darse en adopcion á los infantes.* No podian arrogarse á los impúberos, sino dando antes muchas cauciones, de las que hablamos en el §. 9. I si pueden adoptar los impúberos, ¿por qué esta diferencia? Porque hemos visto no era necesario el consentimiento del hijo en la adopcion. Podia el padre vender á su hijo sanguinolento §. 6. tít. 9.; luego no se les prohibia dar á los infantes en adopcion. 3.° *No puede darse á los nacidos de concubina*, porque solo se adoptan á los constituidos en patria potestad, segun la definicion espuesta en el antecedente §.; i por cierto que los nacidos *fuera de matrimonio* no estan en la potestad de su padre natural, sino solo los que provienen de las justas i lejítimas nupcias. §. 9. tít. 9. A estos, pues, podrán adoptarse.

13. Otra de las dudas era de qué manera se hace la adopcion. Con arreglo á la definicion de la que hemos propuesto no salir, decimos que debe hacerse con imperio del majistrado que tenia la accion de la lei. §. 25. tít. 2.° No podia hacerse á tiempo, ni por cartas ó epístolas, sino solo con cierta solemnidad de derecho, pues asi lo ecsije la naturaleza de la accion de la lei. Ni admiten dia, ni procurador, sino se ha de esplicar por la misma persona interesada. Vimos anteriormente el rito antiguo con que se celebraba; mas en el dia basta con

que el padre natural i el adoptivo vayan ante cualquier juez, aunque no sea competente, i declaren en su presencia que quiere el uno dar á su hijo, i el otro recibirlo en adopcion, pidiendo en seguida se les dé testimonio de ello. Con solo esta solemnidad se tiene por perfecta la adopcion. Justiniano abrogó el rito antiguo, é instituyó este nuevo.

14. Con respecto á los efectos de la adopcion, hai que advertir es diverso el derecho antiguo i el nuevo en esta parte. Por el *derecho antiguo*, el efecto de la adopcion i arrogacion era uno, constituir la patria potestad. De aqui Cayo i Lucio César, á quienes adoptó Augusto, eran sus hijos, lo mismo que Tiberio. Toda adopcion era modo de adquirir la patria potestad. Mas por el derecho nuevo, inventado por Justiniano, mudó la cosa de aspecto.

15. En efecto mandó se distinguiese entre la adopcion hecha por algun ascendiente, como abuelo, ó por algun estraño. Si era ascendiente el adoptante, adquiria en el adoptado la patria potestad, por lo que á esta adopcion llaman los intérpretes *plena i perfecta*. Mas si adopta un estraño, no se transmite la patria potestad al adoptante: mas bien se hace el adoptado *alumno* que hijo, por lo que llaman adopcion *imperfecta* ó *menos plena*. Cualquiera puede concebir que esta última era menor que la primera, pues no se adquiria por ella la patria potestad, como sucede por la perfecta, aunque no carece de efecto (1).

---

(1) *Puede preguntarse ¿qué utilidad resulta*

El adoptivo, aunque no se haga hijo de familia, sucede sinembargo *ab intestato* como hijo. Digo que sucede á su padre adoptante cuando muere este sin hacer testamento; pues si lo pasa en silencio ó lo escluye de la herencia, no se invalidará el testamento; pues solo los hijos constituidos en la patria potestad son los que deben ser espresamente instituidos ó deshéredados; i como dejamos sentado, los que se adoptan por la imperfecta, no estan en la patria potestad del padre adoptante. Esto tiene de particular que, siendo en las demas ocasiones recíprocos los derechos de suceder, no se observan en este caso, pues el adoptivo sucede al padre adoptante, cuando muere sin testar, no el adoptante al adoptado, pues permanece en la potestad de su padre natural á quien sucede.

16. Casi todo lo que dejamos dicho se observa igualmente por nuestro derecho. La *arrogacion* se practica en los mismos términos, necesitándose para su validacion intervenga la autoridad del Rei. La adopcion se puede hacer ante cualquier juez (1).

---

al hijo de ser adoptado? No es poca la de heredar á su padre natural teniéndolo, i al adoptante muriendo sin testamento. Se omite hacer mencion de los obsequios i gracias que puede recibir del adoptante, pues se deja ver, cuantos serian los que reportaria el hijo de un pobre labrador, adoptado por el primer cónsul.

(1) *Sala tom. 1. tit. 6. n. 4. h. el. 8.*

TITULO XII.

De los modos de disolverse la patria potestad.

1. Despues de haber hablado con bastante estencion de los modos de adquirir la patria potestad, toca ecsaminar tambien las causas porque se disuelve, las que derivamos del siguiente principio. *De la misma manera con que se acaba el dominio Quiritario, de la propia se disuelve la pa-*

tria potestad. Esto se demuestra del siguiente modo. La patria potestad era un dominio en los hijos. §. 1.° tít 9, no habiendo nacion alguna que usase de una semejante potestad en los hijos, como la que tenian los romanos; era un dominio propio de estos por lo tanto Quiritario. Luego por los mismos modos con que se pierde el dominio quiritario, por los mismos se finaliza la patria potestad.

2. El 1.° era la *muerte natural*. El muerto, no ecsistiendo en el mundo, no puede tener nada propio. La muerte todo lo acaba. Ha de distinguirse entre los hijos de primer grado, i los de posterior. A quellos, muerto el padre, al punto salen de la patria potestad; mas los de posterior grado, no se libertan, si sobrevive alguno, en cuya potestad pueda recaer: v g. muere Juan, deja hijos solteros, i otros que ya tienen sucecion. Todo estos le estaban sujetos antes de su muerte, como padre comun; mas despues de su vida quedan hechos padres de familias los solteros, i los hijos de los casados, recaen en la potestad de sus padres, aunque salen de la de su abuelo.

3. La *segunda* causa era por la *muerte civil*, en la que se incurria por la que llamaban *capitis disminucion* (1) mácsima, i mínima, que en derecho se equipara á la natural. Por la macsima, el que caia en ella se hacia siervo; por la media peregrino. Ni el siervo, ni el peregrino podian te-

---

(1) *Equivale esta palabra á* mudanza, pérdida, caida, ó mengua de estado.

ner hijos bajo su potestad; por lo tanto los que sufrian aquella mutacion de estado, perdian los derechos de la patria potestad (1) Tambien por la minima se disolvia algunas veces, i era el tercer modo, como sucede en la *adopcion plena*, cuando un ascendiente adopta á su descendiente: i por la *emancipacion*, cuando el padre arroja de su potestad á su hijo. El primer modo mas bien transfiere la patria potestad, que la desata; el posterior propiamente la disuelve; mas de ella tratarémos con especialidad.

4. Se ha dicho que la patria potestad se concluye por sufrir la *mudanza de estado media*, que es cuando se pierden los derechos de ciudad: sucedia esto, decretando la interdiccion del agua i fuego contra algun ciudadano: tambien por la deportacion, ó el destierro (2) Hai quien asegure

---

(1) *Los que se hacian esclavos de la pena, como que sufrian* mengua de estado, *perdian los derechos de la patria potestad. Le daban este nombre á los que eran condenados á las minas, ó á combatir con las fieras en los anfiteatros para divertir al pueblo, pena reputada con razon por mayor que el destierro perpetuo. Se llamaban esclavos de la pena, porque no tenian mas amo que la misma pena: mas esta clase de servidumbre fué abolida por Justiniano.* Nov. 22. c. 8.

(2) *Ciceron desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de ciudad i familia, constituyéndose en la clase de los peregrinos. i no volvió á ejercer la potestad que los romanos tenian en sus*

que la *relegacion* es causa de perder la patria potestad; mas esto es falso, que entre la relegacion i el destierro hai mucha diferencia; por este se pierden todos los derechos de ciudad, el desterrado se reduce á la clase de peregrino: aquella solo hace perder el derecho de habitar dentro de la ciudad, mas les deja el derecho de familia (1) La diferencia, pues, que se encuentra entre el destierro i la relegacion, ademas de la espuesta, consiste en que el destierro es para siempre, mas la relegacion duraba solo cierto tiempo. No perdiéndose los *derechos Quiritarios* por la relegacion, tampoco quitaba los derechos de la patria potestad (2).

5. Tambien perdia el padre los derechos de la patria potestad, cuando era hecho prisionero en la guerra, con la especialidad de que si volvia á pisar los términos de la república, recuperaba sus antiguos derechos. Los romanos, cuyo orguyo no tenia límites, no podian sufrir se dijera habia estado un ciudadano cautivo, pues presumian, si tenia la dicha de tornar á la república, que jamas habia sido esclavo. Procedia esta ficcion del derecho de *postliminio*, por el que se presumia no habia faltado de la ciudad. Si moria en la servidumbre, se finjia habia

---

hijos, hasta que no tornó á su anterior estado, por los sufrajios del pueblo.

(1) *Ovidio relegado al Ponto por mandato de Augusto, no dejaba de ser ciudadano romano, como el mismo asegura* L. 5.° Trist. Eleg. 2.

(2) *Véase el* tít. 16.

muerto en el campo de batalla, por determinacion de la lei *Cornelia*; i el hijo quedaba *sui juris*; mas si volvia, recuperaba *jure postlimini* los derechos que antes tenia; esto es, entraba de nuevo en el goce de los derechos de libertad, ciudad i familia, volviendo los hijos á su potestad, adquiriendo de estos todo lo que hubiesen ganado durante la ausencia. El acreedor no tenia accion contra el padre por haber dado dinero en mutuo al hijo, aunque era reputado durante la ausencia padre de familia, i no se le podia nombrar tutor (1).

6. Ni la dignidad á que podia ascender el hijo lo libraba de la patria potestad, pues ya fuera *pretor*, *cónsul* ó *sacerdote*, permanecia hijo de familia, i aunque por razon del oficio se tenia por padre, en su casa estaba sujeto á la potestad del que le dió el ser i todo lo que adquiria era para él (2); por lo que se podia asegurar, que no desataba de modo alguno la potestad paterna la dignidad del hijo.

---

(1) Es dicho postliminio *de estas dos palabras* post, *que significa despues, i de* limine *que equivale á umbral ó término. De aqui, el que era hecho esclavo por los enemigos, i despues volvia á su patria, parecia tornaba como á los umbrales de su casa.*

(2) Dionisio Halicarnaso corrobora esta doctrina con los ejemplos que nos dá de majistrados azotados públicamente por los esclavos de sus padres. L. 11. Antiq. Rom.

7. Este derecho mudó Justiniano i quiso saliesen los hijos de la potestad de sus padres cuando llegáran á tener cierta dignidad. En efecto, concedió primero este privilejio á los *patricios*, pues si eran hijos de familia, la diguidad los elevaba á la clase de padres de familia, teniéndose por absurdo estuvieran sumisos á la potestad privada, los que el mismo Príncipe respetaba como á padre (1). Igualmente concedió este privilejio á los obispos, como padres espirituales, i por la *Nov.* 81. *c.* 1.° *i* 3.° concedió Justiniano el mismo favor á los *cónsules*, *prefectos del pretorio*, *prefectos de la ciudad*, *maestros de los soldados de caballería* i á los *patronos del fisco*.

8. Dijimos en el §, 3.° que la *emancipacion* libraba tambien de la patria potestad. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por *peso* i *moneda* estando presente *cinco testigos* ciudadanos romanos, el *antestato*, i el *libripende*. De aqui emancipar los hijos, no es otra cosa que demitirlos el padre solemnemente de su potestad, pues asi como podia abdicar por venta

---

(1) Por patricios no se entiende aquí á los descendientes de los primeros senadores de Roma, segun el estatuto de Rómulo, sino á los que en tiempo de Constantino M. dieron este nombre ó el de primarii principis administri, *á los que los Emperadores obedecian como á sus padres, así como en otro tiempo fueron en Francia los cardenales* Richelieu *i* Masarin.

cualquier cosa que le pertenecia, asi tambien á sus hijos. La emancipacion es de tres maneras, la que se llama *antigua*, la que conocemos con el nombre de *Anastasianea*, i la que debe su orijen á *Justiniano*.

9. El modo de emancipar los hijos llamado *vetus*, descendia de la interpretacion de las Leyes de las doce tablas, i se hacia por tres ventas imajinarias, á las que seguia la emancipacion. Era necesario precisamente tres ventas para la de un hijo; i una sola para la de una hija ó nieto, pues se creia estar mas ligado al padre el varon, que la hembra i nieto. Por la hija no se seguia el apellido del padre, ni perpetuaba su familia; i el nieto distaba dos grados de su abuelo. El modo de efectuarse era asi: un padre vendia su hijo á uno de sus amigos que tomaba el nombre de *comprador de la familia*, delante de cinco testigos, i un hombre llamado *libripens*, porque tenia una balanza en las manos. El padre recibia del comprador una moneda de cobre que representaba el precio, la que echaba el que hacia de comprador en uno de los platos de la balanza, diciendo al mismo tiempo: *hago mio á este hombre por derecho Quiritario, pues lo compro con esta moneda*. En seguida emancipaba al hijo *vindicta*: pero era tácitamente juzgado vuelto á entrar en la potestad del padre, el que lo revendia otra vez, con la misma formalidad, volviéndolo á emancipar el comprador *vindicta*. Por último tornaba á entrar en la potestad de su padre, despues de haber sido vendido i entregado de la misma manera por una tercera vez. Esta emanci-

pacion se hacia con pacto llamado, *contractæ fiduciæ*, ó sin el. Este pacto era una convencion entre el padre que queria emancipar á su hijo, i el comprador finjido, por el que el comprador se obligaba á revender el hijo á su padre despues de la tercera venta, para que á la tercera emancipacion se hiciera el padre patrono de su hijo. Cuando se omitia esta convencion, i el hijo recibia la última emancipacion del comprador simulado, la cualidad de patrono pasaba á su persona. Hecho esto, uno de los circunstantes que se llamaba *antestato*, tocaba con la vara que tenia en las manos las orejas de los cinco testigos, amonestándoles al mismo tiempo se acordasen de la venta. Duró este modo de emancipar hasta el tiempo de Anastasio.

10. Este Emperador sancionó otro nuevo modo, mandando que el padre que quisiera emancipar á cualquiera de sus hijos, impetrase un rescripto del príncipe, i esta emancipacion surtiese los mismos efectos que la antigua. Se requeria, pues: 1.° Letras suplicatorias, ofrecidas al príncipe por el padre. 2.° El rescripto del príncipe, por el que declaraba al hijo en clase de emancipado. Lo dicho tenia muchas contras, pues si alguno que habitaba v. g. en el Asia, i queria emancipar á su hijo, tenia que enviar sus letras suplicatorias á Constantinopla, i desde alli impetrar el rescipto; lo que no podia hacerse sin mucho tiempo i gastos tanto mas, cuanto no estaban organizados los correos con la perfeccion que tienen hoi dia. Pareció esto mui molesto á Justiniano, trató enmendarlo, i constituyó un

modo de emancipar bastante fácil.

11. Ordenó que la emancipacion se hiciera ante cualquiera juez, aunque no fuese competente, pues era acto de voluntaria jurisdiccion. Se requeria: 1.º fuera el padre ante el juez que quisiese, i en cualquier dia, aun en los feriados; estuviera el juez sentado *pro tribunali*, ó en el baño; pues los actos de voluntaria jurisdiccion, no necesitan ni de citacion, ni de conocimiento de causa, ni se atiende sea el dia feriado ó habil. 2.º Que los hijos estuviesen presentes i consintieran. 3.º Que el padre declarase queria demitir al hijo de su patria potestad, i el hijo manifestase convenia en la voluntad del padre. 4.º Que se protocolizara este acto: hecho asi, la emancipacion se tenia por perfecta.

12. Jeneralmente el padre no puede ser obligado á emancipar al hijo, pues con arreglo al principio sentado en el §. 2. tit. 9. Siendo la patria potestad el dominio que los padres tienen en sus hijos, no pudiendo ser obligado á enajenar ó abdicar las cosas que le pertenecen, tampoco precisados á emancipar á su hijo. Pero hai ciertos casos, en los que es obligado. 1.º Cuando lo castiga con demasiado rigor. 2.º Si lo prostituye. 3.º Si adopta con engaño. 4.º Si le dejan algun legado con esta condicion. 5.º Si toma dinero con este objeto. Estos cinco casos se reducen á solo tres. 1.º Si el padre prostituye á su hija: como si hecho rufian, procura haga comercio de su cuerpo; pues no merece en este caso el venerable nombre de padre. 2.º Si espone al hijo, hechándolo en la inclusa, á la puerta de la iglesia,

ó de cualquier particular, pues entonces siendo alimentado i educado por un estraño, no goza en él derecho alguno, ni aun cuando adquiriese riquezas, podria heredarlo. 3.º Si el padre contrajese nupcias incestuosas; v. g. si se casa con su madrasta, tia, ó suegra &c., pues entonces los hijos habidos del primer matrimonio, se libertan de su potestad, aun cuando lo resista el padre. Los demas casos que añaden los doctores, no tienen fundamento alguno en las leyes.

13. Con respecto al uso que entre nosotros tenga la anterior doctrina, observamos: 1.º Que la muerte libra á los hijos de la patria potestad. 2.º Por la emancipacion, que queda reducida á la introducida por Justiniano, con la especialidad de que los jueces ordinarios no pueden declarar la emancipacion, sin que primero den cuenta al consejo con los instrumentos justificativos i causas de ellas; pues de otra manera no surten efecto, teniéndose por nulas. 3.º Casandose i velándose el hijo. 4.º Cuando constituye el hijo economía separada de su padre, en cuyo caso tácitamente sale de la patria potestad. En la hija basta solo el que se case, aunque no se vele, pues pasó por las nupcias á la potestad de su esposo (1).

(1) *Sala tom.* 1. *tit.* 3. *l.* 1. *n.* 5. *h. el* 9.

TITULO XIII.

De las tutelas.

§. 1.° Razon del método.
§. 2.° i 3.° Oríjen de la *tutela.*
§. 4.° Se espone su definicion, i se esplica.
§. 5.° Es carga pública.
§. 6.° Qué personas pueden ejercer la *tutela.*
§. 7.° En que casos se suspende á los tutores de la administracion de la *tutela.*
§. 8.° i 9.° A qué personas se les nombra tutores.
§. 10.° Especies de *tutelas.*
§. 11.° Fundamento de la division.
§. 12.° Derecho español.

1. SIGUESE ya la última division de los hombres, ó mas bien subdivision. Dijimos en el §. 5. tít. 3.° que los hombres eran *libres ó siervos*: los libres, *injénuos ó libertinos.* De los que se ha tratado con bastante estension desde el título 2.° hasta el 7.° Hemos insinuado tambien que los hombres estaban unos *sui juris* ó independientes, i otros *sujetos al dominio de alguno.* Los que estaban sujetos al dominio de otros, ó estaban *bajo la potestad dominica* ó *bajo la patria potestad.* (*tít.* 8.°) Hablamos de todos es-

tos desde el tít. 9. hasta el 12. Por último, los hombres que estan *sui juris*, ó se hallan en *tutela* ó en *curatela*, ó fuera de una i otra: vamos á tratar de esta tan importante materia, como delicada. Se considerará primero á la tutela en su definicion; veremos en seguida de cuantas maneras es: cual sea la obligacion de los tutores; qué se entienda por curatela, i de qué manera se acaba una i otra.

2. La tutela es de derecho natural i de jentes; interesa á toda república i á toda sociedad que los que no pueden rejirse á sí mismos i defenderse sean aucsiliados por otros. Los romanos bajo este concepto daban tutores á los *impúberos* i *pupilos*. Durante esta edad es tan flaco el hombre, i su razon tan débil, que fácilmente pueden ser engañados é instigados por malvados, prodigar sus bienes; asi pues con justa causa se les nombran tutores que los defiendan.

3. Se les daba tambien á las *mujeres*. En efecto, como su secso es tan frájil é inconstante, determinaron los romanos estuviesen bajo la tutela de sus prócsimos agnados, cuando morian sus ascendientes paternos. De aqui era mucho peor la condicion de las mujeres que la de los pupilos. Llegando estos á cumplir los 14 años, se libertaban de la tutela; las mujeres, por la inversa, permanecian en perpétua tutela, á no ser que se casaran, ó quedasen viudas con tres hijos, en cuyo caso por derecho se concluía la tutela. Bajo curatela estaban los *púberos*, que por la edad ú otras causas no podian administrar sus cosas, como los furiosos, los cu-

fermos de algun mal crónico, los mentecatos, los sordo-mudos &c. Justiniano suavizó algun tanto el rigor de la lei sobre tutelas, librando de la perpétua á las mujeres.

4, Síguese ya la definicion de la tutela. *Servio Sulpicio*, jurisconsulto célebre en tiempo de Ciceron, la define de este modo: *fuerza i potestad en cabeza libre, para defender á aquel que por la edad no puede favorecerse á sí mismo, dada por el derecho civil i permitida.* En esta definicion echan de menos algunas cosas doctores escrupulosos. La juzgan obscura, porque no entienden la significacion de la palabra *fuerza i potestad*, ni menos la de *cabeza libre.* ¿Por qué con mas claridad, añaden, no se dice es fuerza i potestad en el pupilo? Concluyen diciendo: es ambígua; pues segun el sentido de las palabras, parece que se refiere tanto al tutor como al pupilo, el dictado de cabeza libre. Luego esta locucion es equívoca i verbosa al mismo tiempo, teniéndose por sinónimas las voces *fuerza i potestad*, bastando cualquiera de ellas.

Esta definicion es una de las mas ecsactas que tiene el derecho, como se entienda bien. *Cabeza libre* equivale á hombre *sui juris.* Aunque se ponen juntas las dos palabras *fuerza i potestad*, hai una notable diferencia entre ambas, porque fuerza significa potestad *con fuerza coercitiva*, i potestad, *fuerza sin coercion.* En las mujeres tenian los tutores potestad, no fuerza. En los infantes ejercian fuerza; en los prócsimos á la pubertad, potestad. El sentido de la definicion es este: *Tutela es fuerza*, (en los *infantes*) i po-

testad (en los *adultos*): en cabeza libre, (esto es, en la *mujer* i en el *pupilo*) para defender á aquel, (debia de añadirse, ó *aquella*) que, (aun debia de espresarse, *la que*) por causa de edad (ó *secso*) no puede defenderse á sí mismo. Tal fue en otro tiempo la definicion que de la tutela dió Servio; pero parece mejor la de Treboniano, por cuanto en su tiempo las mujeres no estaban en perpétua tutela; es la que queda espuesta dentro de los paréntesis.

5. La tutela es una carga pública, no oficio público, pues el tutor ni administra cosa de la república, ni goza de alguna dignidad, ni recibe salario, sino permanece en la misma clase de persona privada. Decimos que es carga pública, porque todos estan obligados á llevarla. Imponiéndose pues á los tutores esta carga por la lei, i en su nombre por el majistrado, estan todos obligados á cumplir con el cargo, á no ser que tengan una justa escusa, pues es una carga pública.

6. De este preliminar se deduce: 1.° Que los hijos de familia pueden ser constituidos tutores. Dejamos dicho en el §. 4. tít. 9. que los hijos de familia en las cosas públicas se tienen por padres de familia; luego pueden ser nombrados tutores, porque es un cargo público (1).

---

(1) *Esta decision parecia contraria al interes de los pupilos, porque si sucedia que el hijo de familia, nombrado tutor, disipaba los bienes de su pupilo, ¿qué recursos podia tener es-*

2.º Que ni los siervos, ni los peragrinos, ni las mujeres pueden ser tutores. No los siervos i peregrinos, porque la tutela es una carga pública, de la que no son capaces sino los ciudadanos. No las mujeres, porque antiguamente estaban siempre bajo tutela, i no podian rejir á otros, siendo tambien incapaces de obtener carga pública i personal. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano sancionó en la Novela 118. cap. 5., que no solo se admitiese á la tutela la madre i la abuela, sino tambien las demas prócsimas agnadas, por el insigne amor que tienen la madre i abuela á sus hijos i nietos, que hace alejar de ellas toda sospecha de malversacion. Sinembargo no serán tutoras de sus hijos, sino observando ciertas condiciones. *Primera.* Que renun-

---

te contra una persona que estaba sin bienes? A esto se responde que, cuando un hijo de familias es tutor, su padre es tenudo *de la jestion de su hijo, en el caso que haya reconocido la tutela, esto es, si ha jestionado en nombre de su hijo, ó si espresamente ha consentido. Pero si el padre no ha reconocido la tutela, está solo obligado en la porcion del peculio de su hijo. Por último, si este hijo no tiene peculio, hai esperanza de que algun dia lo tendrá, i aun de que heredará á su padre. Desde luego si el hijo ha sido nombrado tutor por la lei, debe dar caucion; i si lo ha sido por testamento, su fidelidad está bastante justificada con la eleccion del testador.*

cien las ulteriores nupcias. *Segunda.* El privilejio del senado-consulto *Veleyano*, que prohibia á las mujeres fueran fiadoras, ó se obligasen por otros.

7. Vimos qué personas podian ser tutores; procedamos á indicar en que casos los tutores dados se suspenden de la administracion de la tutela, ó son impedidos de serlo. Esto se podrá colejir del fin de la tutela, que no es otro sino que *el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse.* §. 4.° Luego siempre que no puedan prestar esta defensa, no podrán ser tutores, como sucede á los *menores*. Estando estos bajo curatela, ¿cómo han de defender á otros? Los *furiosos* i *mentecatos* tampoco pueden ser tutores, porque no sabiendo ellos mismos lo que han de hacer, ¿cómo han de atender á los negocios de los demas? Menos los *sordo-mudos*, pues si tienen juntas estas dos enfermedades en poco se diferencian de los furioses ó mentecatos. Estos pueden ser tutores testamentarios, pero se suspende el nombramiento; permanecen tutores, mas no se les concede la administracion de la tutela. En efecto, mientras son menores, furiosos ó sordo-mudos, se les nombra á los pupilos un curador, hasta tanto que cumpla la edad el menor nombrado, ó se ponga bueno el elejido con alguna de las enfermedades espuestas.

8. Segun la definicion deben nombrarse tutores á los que no pueden defenderse á sí mismos; de lo que se deduce: 1.° Que los tutores se dan precisamente á la persona, i secundaria-

mente á las cosas, en lo que se diferencia el *tutor del curador*, porque este primeramente se dá á la cosa, i secundariamente á la persona. 2.º Teniendo padre el menor no se le dá tutor, porque mientras vive el padre, con él tiene bastante el hijo para ser defendido, i no estando *sui juris*, no se le puede nombrar tutor. 3.º Al siervo ó esclavo no se le dá tutor por la misma razon, porque el siervo está en la potestad domínica de su amo ó de su heredero.

9. 4.º A los peregrinos no se les dá tutor. Necesitan de personas que los defienda, pero no precisamente de la tutela que daba el derecho civil. Son cabezas libres en su patria, no en Roma, en la que no gozaban de la libertad de los Quirites. Reciben los peregrinos tutores por derecho de su pais, no por el civil; á la manera que los peregrinos contraen nupcias, hacen testamento, ceden herencias, no por derecho romano, del que no son partícipes, sino por derecho de jentes ó de su patria.

10. La tutela es de tres maneras, *testamentaria*, cuando el padre dá tutor á sus hijos en el testamento: *lejítima*, cuando reciben la tutela las personas que la lei llama, como son los *agnados*, *patronos*, *padres* i *hermanos*: *dativa*, cuando el majistrado nombra tutor al pupilo. Luego á los testamentarios llama el testador á la tutela; á los lejítimos la lei; á los dativos el majistrado. Entre estas especies de tutela se observa el órden siguiente. 1.º Vienen los tutores testamentarios; á falta de estos los lejítimos; no habiendo ni unos ni otros, el ma-

jistrado nombra tutor al menor, en cuyo caso se llama la tutela dativa.

11. El fundamento de esta division se halla en las Leyes de las doce Tablas, pues por la primera de la Tabla II se mandaba *que cuanto el padre dispusiera acerca de su familia, cosas ó tutela, se observase como lei.* De aqui colejian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia, pues asi como el heredero testamentario escluye á los demas; igualmente el tutor testamentario á las demas clases de tutores; i asi como cuando no habia heredero instituido, sucedian los herederos lejítimos, asi faltando tutores testamentarios, eran llamados los lejítimos; i dando el pretor á algunos en subsidio la buena posesion, asi igualmente daba tutores á los que no lo tenian ni testamentario ni lejítimo. Este es el fundamento de la division: síguese ahora tratar en títulos separados de cada una de las tutelas (1).

12. Por derecho de España se conocen las tres clases de tutelas, testamentarias, lejítimas i dativas; observándose igualmente casi todo lo espuesto en el presente título (2).

---

(1) *La voz tutor proviene de las latinas* tutores, atque defensores, *porque amparan i defienden, asi como llamaban* aditui *á los que guardaban los templos.*

(2) *Sala tom.* 1. *lib.* 1. *tit.* de tutelas.

TITULO XIV.

Quienes pueden dar tutores por testamento.

§. 1.º i 2.º Personas facultadas para nombrar tutores en el testamento.
§. 3.º Por qué se nombra tutor al hijo desheredado.
§. 4.º El tutor puede ser dado en testamento, ó en codicilo confirmado por testamento.
§. 5.º Las personas inciertas no pueden ser nombradas en clase de tutor: condiciones con que pueden dejarse los testamentarios.
§. 6.º La tutela testamentaria escluye la lejítima i dativa.
§. 7.º Casos en que se confirma el tutor testamentario.
§. 8.º Causas por las cuales el nombramiento de tutor dado en testamento es vicioso.
§. 9.º Confirmacion de los tutores.
§. 10.º Práctica del dia.

1. La primera especie de tutela es la *testamentaria*, cuyo orijen queda esplicado. Desciende de las Leyes de las doce Tablas, pues por la *primera de la Tabla II.* se permitia al padre disponer

como quisiera de sus cosas para despues de sus dias. Dijimos tambien que los hijos con respecto al padre por derecho romano eran cosas, no personas. §. 2.° tít. 9. Permitiendo en efecto la lei á los padres de familia legar, esto es, disponer por testamento acerca de la tutela de sus cosas, parecia que tambien podia testar de la tutela de sus hijos. Tenemos delineado el oríjen de la tutela: pasemos á esponer las reglas que los espresados preliminares producen.

El padre á los hijos constituidos en su potestad, i que no han de recaer en la de otro, puede darles tutor por testamento, ó por codicilo confirmado por el testamento. Puede hacerlo el padre, pues la lei decia, *el padre de familia, disponiendo de sus bienes, i de la tutela de sus hijos, se observe despues de su muerte como si fuera una lei.* De aquí esta potestad competia al padre, no á la madre, ni á la abuela, ni al hermano, ni al abuelo por parte de madre. En segundo lugar, *puede el padre nombrar tutor á sus hijos constituidos en su potestad:* podia el padre disponer de la tutela de sus cosas, no de las estrañas; asi que disponia de sus hijos, que son cosas respecto del padre. Se dice tambien que *no ha de recaer en la potestad de otro*; tales son los nietos, que muerto el abuelo recaen en la potestad de su padre; á estos no se les dá tutor conforme á la regla sentada en el §. 2. tít. 12., pues *teniendo padre no se dá tutor.*

2. El fundamento de la tutela testamentaria es la *patria potestad*; luego el que ha hijos en su potestad, puede darles tutor; el que no los

tiene, de ninguna manera. De lo dicho se deduce: 1.º *Que la madre, abuela ú otra cualquiera persona, á no ser el padre, no puede nombrar tutor en su testamento:* porque solo el padre ó el abuelo tienen hijos en su potestad; no la madre; no la abuela; ni mucho menos un estraño. El abuelo materno no puede nombrar tutor á su nieto, pues los hijos de su hija no están en su potestad, sino en la de su padre ó abuelo paterno. 2.º *Que solo podemos dar tutor á los hijos constituidos en nuestra potestad, no á los emancipados*; porque estos no están en la patria potestad. 3.º *A los póstumos, aunque no son nacidos, se les puede nombrar tutor en el testamento.* No habiendo aun visto estos la luz del dia, no están constituidos bajo la patria potestad; sinembargo, siempre que se trata de su beneficio se tienen por nacidos; i siendo para bien de los mismos pupilos tener tutor, se lo puede el padre nombrar.

5. *A los desheredados, debe igualmente dárseles tutor*, porque aunque se les prohiba heredar, no es causa esta de salir de la patria potestad (1).

4. Los tutores pueden ser dados ó por *testamento*, ó por *codicilo confirmado por el testamento.* Por testamento, pues se comparaba la tu-

---

(1) *Es la razon, porque el tutor se dá primeramente á la persona, i secundariamente á las cosas* §. 1.º tít. ant.; *i ademas los desheredados pueden tener tambien bienes de su madre, ó de su abuela materna ó abuelo; i estos, que no se los puede quitar el padre, administrará el tutor.*

tela á la herencia. Esta no podia darse sino en testamento; asi el tutor debia ser dado en él; despues se permitió pudiera nombrarse tambien en codicilo confirmado por el testamento. Parece se introdujo esto, porque dado tutor por el testador, lo dejaba á la buena fé del ejecutor de su última voluntad, lo que venia á ser un *fideicomiso*: estos pueden dejarse en testamento i codicilo; luego tambien pudo nombrarse tutor en el codicilo. Podian elejirse á todos los que podian hacer testamento, como fueran capaces de sobrellevar las cargas públicas, como el liberto i los hijos de familia mayores de 14 años. Ha de advertirse, que las leyes dan mas derecho á los padres cuando señalan tutores en el testamento, que cuando los majistrados los nombran de oficio, pues el pretor no puede nombrar á un menor, á un furioso, ó mentecato &c., i el nombramiento del tutor dado con estos defectos es nulo *por la lei*. Mas el testador puede nombrar á un furioso, á un menor &c., pues aunque es cierto que el dejado con estos defectos no entra en la administracion de la tutela, i el majistrado elije un curador que desempeñe las funciones del tutor, sinembargo son tutores, i en llegando á ser mayores, ó en sanando del defecto mental que los imposibilita ejercer la tutoria, al momento entrarán en su administracion. §. 7.° *tit. ant.*

5. Las personas inciertas no pueden ser dadas por tutores en el testamento, pues antiguamente no podian ser instituidas por heredero; i aunque se mudó esta disposicion de derecho, con respecto á los herederos, se retuvo en lo corres-

pondiente á la tutela. Es la razon, porque el que dá tutor á sus hijos, lo hace atendiendo á la confianza que le merece cierta persona: ¿i qué confianza puede haber en una persona incierta? No valdrá el nombramiento que se haga en estos términos; *el que en el año que viene fuere elejido cónsul*, sea tutor de mis hijos (1).

6. Se ha dicho que la tutela es semejante á la herencia. De lo que se sigue, *que mientras se espera tutela testamentaria, no tiene lugar la lejítima*, pues asi como no se admite á los que heredan por falta de testamento, cuando hai herederos testamentarios, asi esperándose tutores testamentarios, no se admite la tutela lejítima. v. g. El testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos; muere, i Ticio enloquece: debe nombrarse un curador, porque mientras se aguarda la tutela testamentaria, no tiene lugar la lejítima; esta se espera, pues Ticio puede sanar; luego el pretor debe dar un curador en el interin.

7. Suele *confirmarse* el tutor por el majistrado. En el dia todos los tutores lo son por el juez;

---

(1) El tutor nombrado en el testamento, puede ser dado puramente bajo condicion, *i en* dia, *lo que no tiene facultad de hacer el pretor pues siempre ha de darlo puramente. Es la razon, porque la dacion de tutor en el pretor es un acto lejítimo, i estos no admiten condicion ni dia* §. 25. tít. 2.º *Tales actos lejítimos no son constituidos por el testamento, i asi pueden darlo bajo condicion, i en dia.*

antiguamente todos, menos los testamentarios. Actualmente se confirman aun los que son dados con arreglo á las leyes; asi la confirmacion es un acto, *por el cual el majistrado ratifica el nombramiento del tutor testamentario dado viciosamente.* Luego tiene lugar, siempre que se observa vicio en el nombramiento.

8. Este puede provenir ó por parte del testador, ó por el modo de darlo. En el testador hai vicio: 1.° si nombra tutor á hijos que no son suyos, ó que ya no tiene en ellos patria potestad, pues se ha dicho que el fundamento de la tutela testamentaria, es la patria potestad §. 2: luego el que dá tutor á pupilos no constituidos en su potestad, lo dá viciosamente. Hai vicio en el modo de darla; v. g. si no se dá en el testamento, ó en codicilo confirmado por el testamento. En uno i otro caso, la dacion de tutor es *ipso jure* nula. Sinembargo, por cuanto parece que coloca su confianza el testador en una determinada persona, pareció justo al pretor ejerciese este el encargo, confirmándolo antes, con lo que se quitaba el vicio.



9. Se hace la confirmacion sin *inquisicion* ó con ella. Sin *inquisicion*. cuando el padre dá tutor en el testamento, pero con vicio, lo que sucede en tres casos. 1.° Cuando dá tutor al hijo emancipado. 2.° Si lo deja en codicilo no confirmado por el testamento. 3.° Cuando nombra tutor á su hijo natural; en cuyos casos el pretor confirmaba el nombramiento, aunque no juzgaba necesaria la inquisicion, porque se presumia que el padre miraba bien por sus hijos. Por el

contrario, con *inquisicion* confirma el pretor. 1.° A los tutores que las madres nombran á sus hijos instituyéndolos por sus herederos. 2.° Al que el padre dá á su hijo natural cuando no lo señala por heredero. 3.° Cuando el tio, abuelo materno, abuela paterna &c. nombra tutor á sus sobrinos, ó nietos. En todos estos casos no habiendo lugar á la dacion de tutor por defecto de la patria potestad, el pretor los confirmaba con inquisicion, inquiria si era útil al pupilo esta tutela, si el nombrado reunia la hombria de bien que se deseaba, si mirararia por él &c.

10. Tenemos en España las tres clases de tutelas que dejamos insinuadas. Por lo que respecta á la *testamentaria*, es la misma que conocieron los romanos, con solo la diferencia de que el abuelo no podrá nombrar tutor á su nieto, siempre que haya nacido de nupcias bendecidas, esto es, que su padre se hubiese *casado* i *velado*, pues entonces no estando el hijo bajo su patria potestad, menos lo estará el sucesor de este. Confirma la *lei sesta del lib.* 10. *tít*. 16. *Nov. R.* todo lo que hemos espuesto sobre la tutela que la madre da á sus hijos en el testamento en que lo establecen por sus herederos, no teniendo padre. Ademas se prohibe sean tutores el sordomudo, desmemoriado, loco, pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años, tambien las mujeres, escepto la madre ó abuela, que podrán serlo de su hijo ó nieto, i esto con ciertas restricciones, como veremos mas adelante: los obispos i monjes: los sacerdotes i demas clérigos seculares solo lo podrán ser de sus pa-

rientes, debiendo ir ante el juez del lugar dentro de 4 meses despues que supieron la muerte de su pariente, i manifestar su voluntad (1).

TITULO XV.

De la lejítima tutela de los agnados.

1. La tutela lejítima se llama asi, porque ni la da el testador, ni el majistrado, sino la misma lei. Es de cuatro maneras. En primer lugar vienen por la lei los *prócsimos agnados*, de los que toma nombre el título. En segundo lugar llama tambien á los *patronos* para la tutela de sus libertos, i tenemos título separado que habla de ella. En tercer lugar, á los *padres* para el desempeño de la de sus menores hijos emancipados, i se trata en el título que lleva este epígrafe. En cuarto lugar, á los *hermanos* para la tu-

---

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 1. *h. el* 10.

tela de sus hermanos impúberos emancipados, á la que se nombra tutela *fiduciaria*.

2. Tiene lugar la *tutela lejítima* cuando el padre muere sin señalar tutor á sus hijos. Es un principio de derecho *que siempre que hai tutor por testamento, no tiene lugar la tutela lejítima ni dativa*. No ecsistiendo el tutor testamentario, el lejítimo, ó sea el agnado mas prócsimo, es nombrado tutor, porque la tutela, siendo semejante á la herencia, solo la desempeñan los herederos lejítimos, cuando no hai disposicion testamentaria, en cuyo caso suceden los que tienen opcion á los bienes quedados por fallecimiento del que no hizo testamento. Asi pues, no ecsistiendo el tutor testamentario, recibe la tutela el agnado mas prócsimo.

3. Fácilmente se vé ya cual sea el fundamento de esta tutela. Equiparándola los antiguos á la herencia, formaron la siguiente regla: *en donde está el emolumento de la sucesion, allí debe estar la carga de la tutela*. Llamando la lei á los prócsimos agnados al emolumento de la sucesion, debian tambien cargar con los cuidados anecsos á la tutela. La regla establecida tiene sus restricciones, pues debe añadirse *con tal que sea habil para desempeñar el cargo*. Las mujeres, en su caso i lugar, eran prócsimas agnadas, i sinembargo, aunque lejítimas herederas, no podian ser tutores, á escepcion de la madre i abuela.

4. Con estos antecedentes se entiende con facilidad qué personas son llamadas al desempeño de la tutela lejítima. Debe distinguirse entre

el derecho antiguo i el nuevo. El derecho antiguo mandaba entrasen primero los agnados, i á falta los *jentiles*, porque solo estos sucedian a sus parientes muertos sin testamento (1). Si tenia el pupilo muchos agnados, escluían los mas prócsimos á los mas remotos. Si habia muchos de un mismo grado, todos juntos recibian la tutela. Tal fue el derecho antiguo. El *nuevo* se distingue en dos casos del anterior. 1.º No hai diferencia entre agnados i cognados, pues Justiniano por su Nov. 118. c. 4.º los igualó en cuanto á los efectos civiles. 2.º Que repeliendo el

---

(1) Usamos de la voz cognado *para marcar los parientes que proceden de un mismo orijen, tomando la voz en sentido lato : mas* agnado *en sentido estricto, es el pariente que procede de la linea masculina. El signo de la agnacion es el mismo nombre. Asi pues, todos los agnados de Ciceron se llamaban* Cicerones. *Los agnados i jentiles se diferencian entre si en que los agnados eran de una misma familia, los* jentiles *de una misma jente, v. g., todos los* Cornelios *de Roma eran jentiles, porque procedian de la jente Cornelia. Los Escipiones eran entre sí agnados, porque descendian de un mismo tronco, que perteneció á la jente Cornelia. Casi todos los romanos tenian tres nombres, divididos en* pronombres, nombres *i* cognomen *: v. g., Marco Tulio Ciceron. El pronombre era signo de la* persona; *el nombre de la* jente *de qué procedia, i el cognomen de la* familia.

antigno á toda mujer de la tutela, por el nuevo se admite á la madre i abuela en los casos esplicados, i con la condicion de que renuncien las ulteriores nupcias i el privilejio que les concedía el senado consulto Veleyano (1).

5. Queda aun entre aguados i cognados la diferencia de que el derecho de cognacian se quita por toda *capitis disminucion* : mas el de *cognacion*, solo por la mácsima i media, no por la mínima. Es la razon porque el derecho de agnacíon está inventado por el derecho vivil, el de cognacion procede del derecho natural i de jentes. El derecho civil, por otro derecho civil se muda; no así el natural, pues que es inmutable. Luego si mi hermano es dado en adopcion á Marcos, deja de ser mi agnado, pues sufre la mudanza de estado mínima; mas no dejará de ser mi cognado.

6. Por nuestro derecho está dispuesto en la *lei* 9. *tít.* 16. *P.* 6. que si un padre muere sin hacer testamento, ó si lo hubiese hecho sin nombrar tutor de sus hijos; ó habiéndolo nombrado muriese éste antes que el testador, seria tutor lejítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano; i si hubiese muchos de un mismo grado, lo serian todos (2).

---

(1) *Véase el* §. 6. *titulo* 13. *libro* 4.
(2) *Sala tom.* 1. *tít.* 7. *n.* 10.

TITULO XVI.

De la mudanza de estado.

§. 1.° A qué llamaban los romanos *cabeza*.
§. 2.° Cuándo se dice que hai mudanza de estado.
§. 3.° De cuántas maneras es el estado de los hombres.
§. 4.° Qué sea *muerte civil*.
§. 5.° Cuando se padece la mudanza de estado que llaman *mácsima*.
§. 6.° i 7.° En qué casos se sufre la *media i mínima*.
§. 8.° Uso que tenga en el dia esta doctrina.

1. Para comprender el título es necesario saber antes la significacion de la voz *caput*, cabeza, de la que toma etimolojía el epígrafe del título (1). *Caput* llamaban los romanos á todos los que se apuntaban en las tablas censuales. En efecto, cuando decian *hai en el censo* 100.000 *cabezas de ciudadanos*, daban á entender que no habia en Roma mas que 100.000 hombres libres, pues en las tablas no se escribian sino á *los ciu-*

(1) *En la Instituta lleva el de* capitis diminutione.

dadanos libres i padres de familias. De aqui *cabeza* es tambien lo mismo que estado de *libertad, ciudad* i *familia.* El que no gozaba de alguno de estos estados, como el esclavo, no tenia cabeza; con la pérdida de cualquiera de los tres estados, se sufria disminucion de cabeza.

2. Es, pues, disminucion de cabeza *una mudanza del estado anterior.* Cuando el hombre libre se hace esclavo, el ciudadano peregrino; el padre de familia, hijo, sufre el libre, el ciudadano i el padre de familia disminucion de cabeza; no por la inversa, si el siervo se hace libre, si el peregrino ciudadano, si el hijo de familia padre.

3. Siendo la cabeza ó el estado de tres maneras, de *libertad, de ciudad* i *de familia*, es tambien de tres modos la *mudanza de estado, mácsima, media* i *mínima.* La *mácsima* es la que quita la libertad, i de consiguiente los derechos de ciudad i familia. Cuando alguno es hecho esclavo, deja de ser precisamente ciudadano i padre de familia. La *media* priva solo de los derechos de ciudad. El que la sufre permanece libre; mas se hace peregrino, i deja de ser padre de familia. La *mínima* dirime los derechos de familia, aunque permanecen los de ciudad. En pocas palabras, la mácsima se opone al estado de *libertad*, la media al de *ciudad*, i la mínima al de familia.

4. La mudanza de estado que llamamos mácsima en derecho, se conoce tambien por *muerte civil*; porqe asi como el muerto ni hace ni padece, asi el siervo i peregrino ni hacen ni go-

san de algun beneficio por derecho civil: pues ni contraian nupcias segun el derecho romano, ni testaban ni nombraban heredero, ni contrataban, ni retenian á los hijos en la patria potestad, ni usucapian: eran lo mismo que los muertos, é iguales á aquellos á quienes quitaban la vida. Algunas veces se lee en derecho solo dos mudanzas de estado, porque en muchas ocasiones los jurisconsultos reunian en una sola especie la mácsima i la mínima.

5. Se ha dicho que la mudanza de estado es de tres maneras. En efecto, la *mácsima* la sufren: 1.º *los cojidos por los enemigos en la guerra.* Entre nosotros los prisioneros permanecen libres; entre los romanos se hacian esclavos, por lo que perdian el estado de libertad, i no lo recobraban, á no ser que volviesen á su patria. Entonces recuperaban todos sus derechos, por el que llamaban de *postliminio*, del que hemos hablado en el §. 5. tít. 12. 2.º *Los mayores de 20 años que dolosamente se vendian para participar del precio* §. 9. tít 3.º Estos quedaban hechos esclavos, i por consiguiente sufrian la cápitis disminutio. En verdad, mientras eran obligados á permanecer en el estado de esclavitud por pena, perdian el estado de libertad, i de este caian en la mudanza de estado mácsima. 3.º *Los siervos de la pena.* Por la lei *Porcia* se prohibia azotar á los ciudadanos romanos, ni menos condenarlos á muerte. De aqui siempre que los majistrados se atrevian á imponer semejantes penas, reclamando los interesados sus derechos, al momento eran declarados libres de

ella (1). Mas como no puede ecsistir sociedad alguna, como en ella no se castigue al delincuente, presumian los romanos que á los que era necesario castigar por la sentencia, se hacian esclavos. I por cuanto no hai esclavo sin señor, i los condenados á muerte ó á las minas no estaban en poder de alguno, finjian que la pena era como su amo, por lo que los llamaban esclavos de la pena.

6. La *media* la sufrian: 1.° *aquellos á quienes la lei imponia el interdicto de agua i fuego.* Gozaban tambien los ciudadanos romanos el privilejio de no perder invitados el derecho de ciudad. De aqui si querian privar á alguno de estos derechos, era preciso que por un *plebiscito* se mandára, no el que se desterrase, pues á esto no podia ser obligado el ciudadano, sino se le prohibia el uso del agua i fuego en todo el territorio de la república. No pudiendo mantenerse sin estos dos elementos tan necesarios para la vida del hombre, se veian obligados á irse á otra parte, lo que efectuado, perdian los derechos de ciudad, pues no era lícito ser ciudadano de dos ciudades. 2.° *Los deportados*: ha de observarse que propiamente no se diferenciaba la interdiccion del agua i fuego de la depor-

(1) *Bastaba solo dijesen*: yo soi ciudadano romano. *Tenemos ejemplo en S. Pablo, que habiendo un tribuno mandado lo azotasen, reclamando sus derechos, al punto cesaron de castigarlo. Act. Apost.* v. 24, 25, 26, 27. c. 22.

tacion, pues á los deportados se les imponia el mismo interdicto; sinembargo, habia la diferencia de que á los que se les probibia el uso del agua i fuego, podian irse á donde quisiesen; mas á los deportados por lo regular se les señalaba pueblo en que habian de residir, que jeneralmente era alguna isla. Augusto viendo que los desterrados, ó lo que es lo mismo, los que se les imponia el interdicto, se marchaban á ciertas ciudades i las revolucionaban, adoptó la opinion de su mujer *Livia* que le aconsejó los enviara á las islas, desde cuya época no hubo diferencia entre unos i otros; á todos llamaban *desterrados*.

7. La *mínima* sufrian: 1.º *los arrogados*, porque de hombres *sui juris*, se hacian hijos de familia. 2.º *Los hijos de estos*, porque estando antes en la potestad de su padre natural, pasando este voluntariamente al poderio de otro, no quedaban por su muerte *sui juris*, sino sujetos al poderio del padre arrogante. 3.º *Los emancipados*; mas como por la emancipacion los hijos de familia se hacen padres, no mudando de un estado mejor á otro peor, creen algunos que por la emancipacion no se sufre la mudanza de estado de que vamos hablando. Empero esta mudanza de estado procede de una razon especial, cual es, que en otro tiempo no podia hacerse la emancipacion, sino por medio de las tres ventas imajinarias, en cuyo acto eran reputados lo mismo que esclavos. De aquí á los emancipados llamaban *disminuidos de cabeza*, porque pasaban por esta venta imajinaria. Mas la razon cesó por cuanto aquella venta no ecsiste desde que

se introdújo la emancipacion justinianea. §. 11. tít. 12.

8 Por lo que respecta al uso que entre nosotros tenga la doctrina anterior, aun cuando no se conoce esta mudanza de estado con el nombre que le dieron los romanos, sinembargo se puede asegurar que casi está conforme con nuestras instituciones. Los condenados á muerte, que propiamente se puede decir sufren la mudanza de estado mácsima, no es en ellos tan rigorosa la lei como en Roma, pues pueden disponer de sus bienes, i aun contraer nupcias estando en capilla, reteniendo á los hijos en su potestad hasta el momento de la ejecucion. Se conocen tambien *deportados* i aun *relegados* en las leyes *segunda, tít.* 18. *P.* 4. : i *l.* 3. *tít.* 18. *P.* 2. (1).

TITULO XVII.

De la tutela lejítima de los patronos.

§. 1.° Tutela de los *patronos*.
§. 2.° Fundamento de esta tutela.
§. 3.° Uso que en el dia tenga esta clase de tutela.

1. Seguimos hablando de las tutelas lejítimas, que dijimos habia cuatro especies: la de los *agnados*, la de los *patronos*, la de los *pa-*

---

(1) *Sala tom.* 1. *tít.* 3. *nn.* 5. *i* 6.

dres i la de los *hermanos*, que llaman *fiduciarios*. §. 1.° tit. 1.° De la tutela de los agnados i de la mudanza de estado que puede estinguirla hemos tratado; falta decir lo que hai dispuesto sobre la de los *patronos*, llamandose asi al que manumitia algun siervo. §. 1.° *tit.* 5.° Por tutela de los patronos se entiende *aquella que los patronos ó sus hijos ejercen en el liberto impúbero ó en los hijos del liberto.*

2. El fundamento de esta tutela es el mismo que el de los lejítimos agnados. En donde está lo favorable de la sucesion, debe estar tambien la carga de la tutela. Cuando moria, pues, un liberto sin hijos, su patrono ó los hijos de este le sucedian; pues el patrono por la manumision se tenia como padre de la libertad, ó lo que es lo mismo, en lugar de prócsimo agnado §. 18. tít. 5.°: luego debian ser tutores lejítimos. Los jurisconsultos dicen que esta tutela procede de las *Leyes de las doce Tablas*; mas en honor de la verdad ni una sola palabra se encuentra en dichas leyes de semejante tutela. Justiniano dice que se debe distinguir entre las sentencias i las palabras. Nada habia en las *doce Tablas* escrito de la tutela de los patronos; pero por lo que pertenece á la sentencia, se halla consignada en ellas. Si en estas estaba prevenido que los patronos sucediesen á sus libertos, sin duda lo estaba tambien que los recibiesen en tutela, porque *en donde está la utilidad de la sucesion, alli mismo debe estar la carga de la tutela.*

3. En el dia, no sucediendo los patronos á sus libertos cuando mueren sin hacer testamen-

to, la tutela de los patronos ha dejado de ecsistir, como cualquiera podrá entender.

TITULO XVIII.

De la lejítima tutela de los padres.

§. 1.º Hijos que estan bajo la tutoría de su padre.
§. 2.º Fundamento de esta tutela.
§. 3.º No ecsiste en el dia sino bajo otro concepto.

1. La *tercera* especie de tutela lejítima es la de los *padres*, que la ejercen en los hijos impúberos emancipados. Habiendo padre, no hai necesidad de tutor, ni pueden tenerlo los hijos constituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á los que solo pertenece la tutela. §. 4.º *tít.* 13. Mas los emancipados son cabezas libres, porque estan fuera de la potestad de sus padres, i por consiguiente bajo su tutela.

2. Su fundamento es el derecho de patronato, del que hablamos en el título anterior. Hemos dicho tambien en el §. 9. tít. 12. que la emancipacion se hacia por tres ventas, i otras tantas manumisiones; la última se efectuaba por lo regular por el mismo padre. Haciéndose este por ella patrono de su hijo; sucediendo el patrono á su liberto cuando moria sin testamento, debia el padre suceder al hijo que emancipaba por la misma razon. Si lo sucedia, *en donde está*

la utilidad de la sucesion, alli está tambien la carga de la tutela §. 3.º *tit.* 15. : luego los padres deben ejercer la tutela en sus hijos menores que emancipan. De este modo raciocinaban los antiguos jurisconsultos, i por esto se introdujo la tutela lejítima de los padres.

5. En el dia no ecsiste pues: 1.º ninguno puede emancipar á su hijo impúbero, sino solo á aquellos que ya pueden rejirse á sí mismos. 2.º Ha cesado tambien la emancipacion por las tres ventas imajinarias; por lo tanto no hai el derecho de patronato en los hijos emancipados. Se ha introducido por nuestro derecho que los hijos en el peculio adventicio tengan por tutor ó administrador á su padre; mas esta tutela es de otra naturaleza. 1.º No procede por derecho romano, sino solo por el nuestro. 2.º En ella no solo es el padre tutor del hijo emancipado, sino tambien de los que estan constituidos en su potestad. 3.º Esta tutela es usufructuaria, pues el padre, como tutor lejítimo de su hijo, goza del usufruto de todos sus bienes, lo que jamas se oyó entre los romanos.

TITULO XIX.

De la tutela fiduciaria.

§. 1.º Preliminar.
§. 2.º Qué se entienda por *tutela fiduciaria.*

1. La *cuarta* especie de tutela lejítima es la

fiduciaria. Este nombre toma su oríjen de *fianza*, que era un pacto ó contrato que hacia el que entregaba á otro alguna cosa por la lei, prometiendo devolvérsela. Se usaba en toda convencion *que entre los buenos convenia hacer, no fuera que saliese uno defraudado por causa de su buena fé* (1). El mismo contrato de fianza solia interponerse en la emancipacion de los hijos, pues el padre vendiendo al hijo, á la tercera venta se estipulaba que el comprador, recibiendo al hijo por la última, lo habia de devolver á su padre, emancipándolo éste en seguida, i, como dijimos anteriormente, se hacia del hijo patrono. Estando prevenido por las Leyes de las doce Tablas (2) que el liberto, muriendo sin hacer testamento ó sin hijos, lo sucediera su patrono ó sus hijos: de aqui no solo el padre era tutor de su hijo emancipado, sino que tambien muerto el padre, si dejaba otros hijos de corta edad, el emancipado, siendo mayor, recibia la tutela de sus hermanos.

2. Con estos antecedentes se puede entender sin dificultad la definicion de esta tutela, que es *la que despues de la muerte del padre, el hijo mayor emancipado ejerce en sus hermanos*. En el dia carece de todo uso.

---

(1) *Cic*. de offic. lib. 3.º c. 13.
(2) *Lei tercera, Tabla V*.

TITULO XX.

Del tutor Atiliano, *i del que se daba por la lei* Julia *i* Ticia.

§. 1.° Qué se entiende por tutela dativa.
§. 2.° La dacion de tutor es un acto lejítimo.
§. 3.° Lei *Atila*.
§. 4.° Quién estableció la *Julia* i *Ticia*: de qué pupilos habla.
§. 5.° Diferencias entre unos i otros.
§. 6.° i 7.° Varias constituciones de los Emperadores relativas á la dacion de tutor.
§. 8.° La dacion de tutor no puede mandarse.
§. 9.° Cuando tiene lugar la *tutela dativa*.
§. 10.° Debe ser dado el tutor puramente sin condicion, ni dia.
§. 11.° Qué esté dispuesto por nuestro derecho.

1. Quedan esplicadas las dos especies de tutelas *testamentaria* i *dativa*. Falta veamos la *dativa*, cuando no es dado el tutor por testamento, ni llamado á desempeñarla por la lei, sino dada por el majistrado. La definimos diciendo, que *es un acto lejitimo, por el que faltando los tutores testamentarios i lejitimos, se dan por el majistrado segun la lei.* De esta definicion proceden

tres principios. 1.º *Este tutor se dá por el majistrado, segun la lei* Atilia Julia i Ticia. Es de saber que entre los romanos no pertenecia al oficio del majistrado dar tutor, sino tan solo á ciertos jueces se les concedia por lei especial, i fuera de ellos á ningun otro le era permitido: v. g. El cónsul era majistrado: el dictador tambien, i sinembargo no les era lícito nombrar tutor, sino solo al pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe; porque á estos solo les era concedida la dicha facultad. De aqui es que la dacion de tutor es de *jurisdiccion estraordinaria*, pues no procede del oficio del majistrado, sino de una lei especial.

2. 2.º *El tutor dativo se dá en subsidio, faltando los testamentarios i lejítimos.* A la manera que la lejítima tutela no tiene lugar sino á falta de la testamentaria, asi la dativa, solo cuando no se espera ó no hai testamentaria ni lejítima, por lo que es subsidiaria. 3.º *La dacion de tutor es un acto lejítimo;* asi se llama espresamente en el derecho. Que sea acto lejítimo lo esplicamos en el §. 25. *tít.* 2.º: se recordará era todo acto que se esplicaba solemnemente, i no admitia procurador, ni condicion, ni dia. De estos principios salen varias consecuencias i es necesario verlas por su orden.

3. *Primera.* Que *este tutor es dado segun la lei por el majistrado*: luego es necesario saber qué leyes se promulgaron relativas á la tutela. Fueron dos, la *Atilia*, i la *Julia i Ticia*. De la primera se hace ya mencion en el año 557 de la f. de R. Antes de este año no se encuentra tri-

buno con semejante nombre, fuera de *Atilio Régulo*, que obtuvo el tribunado por los años 443 de la f. de R.; por lo que es verosimil que en el mismo año, i por el mismo *Atilio* se estableciera, tomando nombre de él. Mandaba que el pretor en Roma elijese tutores, junto con la mayor parte de los tribunos del pueblo; es decir, que el pretor para ello necesitaba estar asistido de 6 tribunos, á lo menos, de 10 que eran.

4. La *segunda* se dió muchos años despues en el de 728, i tomó el nombre de *Julio Cesar Octaviano*, i *M. Ticio*, cónsules en aquel año. Se ordenaba por ella que los que gobernaban las provincias en nombre del pueblo romano, diesen tutores en todo el territorio de su jurisdiccion. Despues se permitió á los majistrados inferiores que administraban justicia en las villas municipales, es decir, las que gozaban de los mismos privilejios que Roma, diesen por orden del gobernador de la provincia tutores á los pupilos que no poseian grandes bienes. Estos majistrados inferiores no podian nombrar tutores sino á personas de la ciudad que ellos presidian; si por casualidad no encontraban ciudadanos capaces de ello, estaban obligados en este caso á buscarlos en los pueblos vecinos, i dar aviso al gobernador de la provincia, á fin de que enviase al que habian señalado.

5. Estos tutores, como se deja facilmente conocer, se diferenciaban: 1.° en que los dados por la lei Atilia eran referentes á solo Roma; los que por la lei Julia i Ticia á los que se nombraban en las provincias. 2.° La primera manda-

ba que los tutores se diesen por los pretores, i la mayor parte de los tribunos de la plebe: la *segunda* por los presidentes de las provincias. Por la lei *primera* los tutores dados por el pretor en Roma se llamaban Atilianos; los que lo eran por la *segunda*, Julianos Ticianos. Fuera de estos majistrados, ningun otro podia dar tutor, permaneciendo la cosa asi hasta el tiempo de Augusto, en que sus sucesores mudaron la disposicion con varias constituciones.

6. Bajo el imperio de *Claudio*, estableció un senado-consulto que los cónsules diesen tutores con inquisicion, esto es, averiguasen antes las costumbres i aptitud del tutor, lo que aun se observaba en tiempo de Trajano. *Marco Antonio* creó dos pretores TUTELARES, dándoles facultad de nombrar tutores, reduciéndose solo á esto sus atribuciones, con potestad para hacer aceptasen el cargo, dando antes caucion. Poco despues, en tiempo de *Severo*, se estableció que los tutores fuesen dados en la ciudad i en todo su radio, que se componia de la distancia de cien tiros de piedra, por el pretor i prefecto del pretorio, cada uno á las personas sujetas á su jurisdiccion, es decir, que el perfecto del pretorio nombraba tutor á los pupilos de condicion, i el pretor á los que no lo eran.

7. En las provincias estaban encargados los majistrados municipales de la dacion de tutor, que los nombraban por mandamiento del presidente. Se les concedió tambien el mismo derecho á los *Obispos*, i al *Juridico* de Alejandría. Por último *Justiniano* ordenó que los majistrados inferio-

res de las ciudades particulares, no estubiesen obligados á aguardar la orden del gobernador de la provincia, i que pudiesen dar tutor por autoridad propia, consultando con el Obispo de ella, ó con otras personas públicas, con tal que los bienes del pupilo no escedieran del valor de 500 escudos de oro, porque en este caso, el mismo Emperador estableció que los majistrados inferiores aguardasen la orden del presidente de la provincia, como se practicaba antes (1).

8. Es regla general que *la dacion de tutor no puede mandarse.* El pretor podia delegar á otro sus atribuciones, si, p. e., se veía obligado á salir de la ciudad, i encargaba á cualquiera de sus colegas despachase por él el juzgado. Igualmente los presidentes de las provincias, no pudiendo estar á un mismo tiempo en todos los lugares de su territorio para *juzgar*, comisionaban á otros á fin de que en su nombre administrasen justicia, los que llamaban *jueces delegados.* Mas la dacion de tutor no podia mandarse, 1.º porque no era del oficio del majistrado, sino esta facultad la tenia por comision especial de la lei, i las leyes especiales no pueden mandarse, como espresamente está ordenado (2). 2.º Porque la dacion de tutor es un acto lejítimo: es asi que

---

(1) *Esta pequeña historia de las novedades ocurridas en el nobramiento de tutor, es para mera erudicion, pues no tiene lugar en el dia.*

(2) *Lei* 1. pr. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.

estos actos por su naturaleza é índole no admiten procuradores, luego no pueden darse los tutores por procurador ó mandatario (1).

9. Otro principio era, que este tutor se daba en *subsidio*, faltando el *testamentario* i el *lejitimo*. De aqui proceden dos reglas. *Primera*. Faltando uno i otro, el majistrado da tutor; mas no si el testamentario ó el lejitimo tiene derecho para recibir la tutela. *Segunda*. Siempre que por alguna causa la tutela testamentaria ó se impide ó concluye, tiene lugar la dativa. Si pues el tutor testamentario es demente, furioso, sordo-mudo ó menor, no se le priva de la tutela, sino se nombra un administrador de los bienes, hasta que, cesando el impedimento, entre á ejercer su encargo. Lo mismo sucede cuando el testamentario muere; sufre mudanza de estado, ó como sospechoso es removido. En todos estos casos se dan tutores por la lei *Atilia* i la *Julia* i *Ticia*.

10. El tercer principio era que *la dacion de*

---

(1) *Algunos podrán objetar á esta doctrina la lei* 15. *ff. de* Procóns., *que dice pueden los procónsules legar su autoridad i dar tutores, siendo asi que no tenian jurisdiccion propia, sino mandada. Pero se responde que los* Legados procónsules *tenian para esto un privilejio especial concedido por Marco Aurelio, i daban tutores, no por fuerza del mandato, sino por lei especial, la que no se opone á las demas generales determinaciones.*

tutor es un acto lejítimo. No admitiendo este condicion ni dia, §. 25. *tít.* 2.º, por sí se manifiesta: 1.º Que el tutor dado por el majistrado no puede serlo bajo condicion: v. g. te nombro tutor como seas doctor. 2.º Ni tampoco puede hacerse para cierto dia ó desde cierto dia: v. g. sea Juan tutor por un año ó desde el verano que viene. 3.º Ha de darse puramente, usando la fórmula imperativa *tutor esto*, sed tutor. Mas el testamentario puede ser dado bajo condicion, desde cierto dia i hasta cierto dia; i era por la razon convincentísima de que la dacion de tutor por testamento no es acto lejítimo, sino solo la que es hecha por el pretor.

11. En España se observa haber mucha diferencia entre lo dispuesto por el derecho romano i lo sancionado por el patrio. Entre nosotros todo majistrado que tenga jurisdiccion ordinaria, puede dar tutor. Cuando no hai tutor testamentario, la madre ó los demas parientes, que heredarian al pupilo, deben pedir al juez del lugar le dé tutor que sea bueno i rico, i que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Si no lo pidieren pierden el derecho que tenian de heredarle, si muriese sin testamento (1).

---

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 1. *tít.* 7. *nú.* 12. *i* 13.

TITULO XXI.

De la autoridad de los tutores.

1. VIMOS todas las especies de tutores, se trata ahora de sus oficios. El principal consiste en que interpongan su autoridad en todos los negocios del pupilo. Dijimos en el §. 4. *tit.* 13. que *la tutela es fuerza i potestad en cabeza libre.* Se dijo tambien que era mas bien *fuerza que potestad*, que los tutores ejercian la fuerza en los infantes, i la potestad en los adultos. La infancia duraba por derecho romano hasta los 7 años. Desde los 7 años hasta la edad de la pubertad se dividia en dos partes iguales la vida del hombre. Cuando estaba en la primera

se decia *prócsimo á la infancia* ; i cuando en la segunda, *prócimo á la pudertad.*

Los hombres son infantes hasta los.....	7 años.
Prócsimos á la infancia hasta los...	10½
Desde esta edad se llaman prócsimos á la pubertad hasta los.....	14
Púberos á los.........................	14
Pubertad completa á los...........	18
Mayor de edad á los................	25

Las mujeres son infantes hasta los.....	7 años.
Desde esta edad se llaman prócsimas á la infancia hasta los.......	9½
Desde esta se llaman prócsimas á la pubertad hasta los.............	12
Púberas á los.........................	12
Pubertad completa á los...........	14
Mayores de edad á los..............	25

Estos términos de la vida humana es necesario tenerlos presente, i no confundirlos. Aplicándolos, aparece que es mayor la potestad del tutor en el pupilo infante, que en los prócsimos á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer, sino todo lo ejecuta el tutor en su nombre. Si el pupilo es prócsimo á la infancia ó á la pubertad, entonces puede él mismo hacerlo todo con tal qne esté presente el tutor i consienta. En el primer caso se dice que *administra*; en el segundo, que *interpone su autoridad.*

2. Un ejemplo puede aclarar las dudas qne

ocurran. El pupilo infante no puede contraer, adir herencias, pagar &c.; sino todas estas cosas en su nombre lo ejecutan los tutores. Por el contrario, el pupilo mayor de siete años puede contraer, adir herencias, pagar &c., como esté presente el tutor, i lo haga con su autoridad. Con propiedad se dice que esta autoridad es *ab augendo*, porque el tutor aumenta i suple lo que le falta á la persona del pupilo. El infante, par falta de razon, como que no es persona, no está en aptitud de hacer nada por sí; todo lo hace el tutor en su nombre. Mas los que han pasado de la infancia tienen mas razon, aunque todavia imperfecta; por cuya causa lo que les falta lo suple i aumenta el tutor, como esté presente; i de aqui su consentimiento se llama autoridad.

3. Con estos antecedentes podremos definir qué sea autoridad: *Es un acto lejítimo, por el cual el tutor aprueba todos los contratos que el mayor de la infancia celebra, i en qué puede salir perjudicado.* Iremos esplicando esta definicion. Ciertamente no se podrá hacer á *priori*; pero sí con mucha facilidad á *posteriori*. Todo lo que se dice en la lei 77. *ff. de R. J.*, acerca de los actos lejítimos, cuadra tambien con la autoridad de los tutores. Ella no admite procurador, ni condicion, ni dia. Era necesario que interviniesen las palabras solemnes que las leyes tenian prescritas, cuando interponia su autoridad. Por lo que, no faltando nada de lo que se ecsijia en los actos lejítimos, con propiedad podemos decir qus es *acto lejítimo*.

4. Añadimos: *por el cual el tutor aprueba los contratos que el mayor de la infancia celebra.* Si pues el pupilo es infante, nada hace, como dejamos sentado en los párrafos anteriores, sino todo lo administra el tutor en nombre del pupilo, hasta que este, cumpliendo siete años presta su autoridad en todos los contratos que celebra. Espresamos, por último, tambien *en las ocasiones en que puede hacerse de peor condicion.* Un poco antes vimos que podia el pupilo hacer mejor su condicion, aun sin necesidad de la autoridad de su tutor, pero no peor: v. g. si al pupilo le donan alguna cosa, vale, aun cuando no esté presente su tutor, ni lo apruebe; si, por la inversa, el pupilo es el que promete, no nace de esta oferta obligacion alguna, á no ser que el tutor esté presente.

5. Por último decimos, *lo aprueba solemnemente.* Vimos que la autoridad es un acto lejítimo; los actos lejítimos se esplican solemnemente, como queda dicho en el §. 25. *tít.* 2.°, luego es esacta la definicion. De ella nacen tres reglas. Primera. *La autoridad es un acto lejitimo.* Segunda. *Es necesaria siempre que celebra algun contrato, ó contrae alguna obligacion el menor, en que puede salir perjudicado.* Tercera. *Que el tutor suple con esta autoridad el juicio del pupilo.*

6. De la primer regla nacen estas otras dos. Primera. *Que estando presente el tutor, interpone su autoridad en el negocio mismo de que se trataba.* Luego no era válido el negocio, si el tutor estando ausente consintiese por cartas, como si hecho el trato por el pupilo, despues lo tuvie-

ra por rato, ó lo confirmase, Los actos lejítimos no admitian procnrador, i por lo tanto se esplicaban en propia persona. (1). Segunda. *Que el tutor ha de consentir* puramente, no bajo condicion: *p. e.* no debe decir, consiento si le es útil á mi pupilo; sino puramente, *consiento.* La razon la hemos dado ya, porque el acto lejítimo no admite condicion.

---

(1) *Se oponen á esto dos leyes. La* primera *es la L.* 9. §. *últ. ff. h. t. que dice* : puede el pupilo ausente vender alguna cosa por carta como lo consienta el tutor, é interponga su antoridad. *Pero segun se advierte no es esta lei objetiva al principio sentado. Puede estar ausente el que contrae con el pupilo, mas no el pupilo del tutor, sino este presente, prestar su consentimiento. En pocas palabras, el que contrae con el pupilo, puede estar ausente, mas el tutor con cuya autoridad contrae, debe estar presente. Opone tambien alguna dificultad la* L. 25. §. 4. ff. de adqu. vel amitt. hered., *en la que se dice espresamente,* que puede, perfecto el negocio, interponer su antoridad. *Nosotros decimos que al momento, en el mismo negocio, no ya perfecto, se ha de interponer la autoridad. Un intérprete quiere que se lea en lugar de* perfecto el negocio, provecto el negocio; *pero no se necesita de interpretacion tan violenta. La autoridad ha de interponerla perfecto el negocio, no antes, sino cuando aparece perfecto,* v. g. *finjamos que el pupilo dice* prometo 100: *al momento que está perfecta la promesa, debe añadir el tutor : convengo en ello.*

7. La *segunda* regla es *que la autoridad del tutor era necesaria siempre que pudiese el pupilo salir perjudicado.* Puede el pupilo hacer mejor su condicion aun sin autoridad del tutor, no peor. La hará mejor, siempre que obliga á otro á favor suyo; *v. g.* cuando alguno le promete alguna cosa, se la dona, presta &c.: peor, si el pupilo se obliga; p. e. promete, dona, presta &c. De aqui nacen otras dos reglas. Primera. *Que el pupilo sin autoridad del tutor, puede ecsijir la estipulacion que le hicieron, i adqirir por cualquiera título lucrativo.* Segunda. *Que si otro le ecsije estipulacion, ó promesa,* sin que intervenga la autoridad del tutor, será nula, porque se hace de peor condicion; por consiguiente todo contrato de los llamados *bilaterales* es nulo celebrado con un pupilo, sin estar autorizado por su tutor. Solo son valederos los *unilaterales* cuando únicamente se obliga el que contrajo con el pupilo, aun cuando no esté presente el tutor; *v. g.* le venden un reloj al pupilo, sin saberlo su tutor: el pupilo le indica la compra que ha hecho; agrada al tutor, i manda contar el dinero: el vendedor se arrepiente; niega haber ajustado el reloj en el precio que convino, ó protesta que el contrato, siendo en un principio nulo, no debe subsistir; mas como el pupilo insista en la consumacion del contrato, subsistirá, á pesar del vendedor; pero si no quiere, por mas que se empeñe el vendedor en que se le entregue el precio i tome el otro la albaja, será tiempo perdido.

8. Parece superflua la autoridad del tutor en la adicion de la herencia por parte del pupilo,

pues se deja conocer que hará mejor su condicion aceptándola, en cuyo caso es inútil la autoridad del tutor, segun la regla que hemos espuesto. Con todo las leyes mandan terminantemente que en toda adicion de herencia se necesita la autoridad del tutor; la razon no es otra, sino que la aceptacion de herencia es peligrosa, por las deudas que tenga el difunto, á quien representa su heredero. Pero no basta esta razon, pues en el §. 2.º *de la instit. en este título* se dice que el pupilo no puede adir sin el consentimiento del tutor, *aun cuando la herencia sea lucrativa.* Hai dos motivos mui poderosos para ello. 1.º Porque la adicion de herencia es un cuasi contrato, por el que se obliga el que ade, á dar á los legatarios i fideicomisarios lo que se le ha dejado en el mismo testamento. Mas como el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor, de aquí es, que como no intervenga su consentimiento no puede adir herencia. 2.º La adicion era un acto lejítimo, los que no podian esplicarse por el pupilo sin la autoridad del tutor; luego le era necesario en la adicion, la autoridad de este.

9. La tercer regla era *que el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo.* De aquí proceden muchos principios. 1.º El tutor no puede ser actor en asunto suyo, esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que celebra con su pupilo. En efecto, mientras el tutor suple el juicio del pupilo, como que él i el pupilo no son mas que una sola persona, no pudiendo uno contraer consigo mismo, tampoco

el tutor con el pupilo. De esto se sigue: 2.º que el tutor no puede comprar al pupilo, pues en este caso seria actor en asunto propio, lo que no puede ser. Hai sinembargo una escepcion, i es cuando compra alguna cosa del pupilo en subasta, porque en este caso no puede sufrir daño, mediante á que no recibe el premio sino del licitador, llevándosela el que da mas por ella.

10. Si se suscita pleito entre el tutor i el pupilo, necesita este *que se le nombre un curador especial en el pleito*. El pupilo cuando contesta á la demanda, cuasi contrae; el que cuasi contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad de su tutor; el tutor no puede ser actor en asunto suyo; luego necesita de otra persona que haga de autor ó actor. Antiguamente se llamaba este *tutor pretoriano*; pero Justiniano quiso mas bien se llamara *curador ad litem*, porque habiendo tutor no puede darse otro.

11. Falta hablar del uso que tenga en el dia esta doctrina. Hoi no es la autoridad un acto lejítimo; de aqui, ausente el tutor, por carta, aun pasados muchos dias de la celebracion del contrato, puede interponer su autoridad. No se observa diferencia entre el pupilo infante i el mayor de 7 años. Casi todo lo hacen los tutores sin el pupilo, de cualquiera edad que sean, por lo que mas bien *administran* entre nosotros, que *interponen su autoridad*. Mereciendo toda nuestra reflexion i meditacion el tratado de la tutela, se debe leer al Sala en este título, pues es uno de los que tienen mas uso, ventilándose todos los dias en el foro la materia propuesta.

TITULO XXII.

De los modos de acabarse la tutela.

§. 1.º Cuándo debe concluir la tutela.
§. 2.º *La muerte* libra de la tutela: no pasa á los herederos.
§. 3.º Se concluye tambien por la *mudanza de estado.*
§. 4.º Los lejítimos la perdian aun sufriendo la mudanza de estado *mínima.*
§. 5.º Igualmente cuándo llega el pupilo á la *pubertad.*
§. 6.º Cuándo *viene el dia ó se cumple la condicion.*
§. 7.º La *escusa* i la *remocion* son causas de acabarse la tutela.
§. 8.º Derechos que incumben al tutor, concluido su encargo.
§. 9.º De cuántas maneras sea la *accion de tutela.*
§. 10.º Uso que tenga en el dia la doctrina propuesta.

1. Hemos considerado ya la tutela en jénero. Vimos igualmente sus especies i los oficios de los tutores. Síguese ya el tratado *de las maneras de concluirse la tutela.* Es mui facil el título, pues todas las maneras se fundan en este principio: *cesando la causa de la tutela, debe*

ssta concluirse. La causa de la tutela era la *defensa de aquel* que por la edad no podia hacerlo. §. 2. tít. 13. Luego si no necesita ya de defensa, ó no puede prestarse por el tutor, se concluye la tutela.

2. Segun este principio la *muerte* liberta de la tutela, ya fallezca el tutor, ya muera el pupilo. La de aquel le imposibilita defender al pupilo; la de este lo deja en estado de no necesitar de los vivientes; luego en uno i otro caso se concluye la tutela. Como es carga pública, no pasa á los herederos; pues toda obligacion personal concluye con la persona obligada. 3.º De aqui si mi padre es tutor testamentario ó dativo, cuando muera, no le sucedo en la tutela. Hai tambien otra razon, i es, que tanto el testador, cuando señala tutor á sus hijos, como el pretor nombrándolo, ponen su confianza en la persona que elijen, la que acaso no habrá en su heredero, pues no siempre los hijos heredan las virtudes de sus padres. Se esceptúa de esta regla la tutela lejítima, pues se transmite á los herederos, como sean prócsimos parientes del pupilo, i capaces de ejercer el encargo.

3. Otro modo de concluirse la tutela es *la mudanza de estado*, porque es igual á la muerte natural, como vimos en el §. 5. tít. 16., atribuyéndole los jurisconsultos los mismos efectos que á la muerte. Y por cuanto la muerte concluye la tutela, se acaba tambien por la mudanza de estado. Mas se ha de notar diferencia entre el estado del *pupilo* i el del *tutor*. Cualquier mudanza de estado del pupilo concluye con la

tutela. Para que finalice por la del tutor, es necesario padezca la *mácsima* ó la *media*: si sufre la *mínima*, permanece siendo tutor. En efecto, si el pupilo padece la mudanza de estado *mácsima*, se hace siervo; si la *media*, peregrino; si la *mínima*, hijo de familia. Mas es el caso que ni el esclavo puede estar bajo tutela, ni el peregrino, porque es propia del derecho civil romano §. 8.º tít. 13.; ni el hijo de familia, porque está bajo la patria potestad, i habiendo padre, no se da tutor. §. 1. tít. 14. Si el tutor sufre la mudanza de estado *mácsima* ó *media*, pierde la tutela, pues ni el siervo ni el peregrino pueden ser tutores, §. 4. tít. 13.; porque son incapaces de las cargos públicos. La *mínima* no les daña, pues el hijo de familia puede ser tutor, i en las cosas públicas se tienen por padres de familia.

4. Antiguamente se esceptuaban de esta regla los tutores lejítimos, que eran privados de la administracion de la tutela, aun cuando no sufriesen mas que la mudanza de estado *mínima*, porque el fundamento de aquella era el derecho de agnacion, i se perdia por la mínima mudanza de estado §. 7. tít. 16. Mas en el dia habiendo Justiniano por su Nov. 118 c. 145. establecido que tambien los cognados sean tutores, no perdiéndose los derechos de cognacion por la mudanza de estado *mínima*, no se concluye ya incurriendo en ella; pudiéndose establecer por regla jeneral, que *jamas el tutor pierde la tutela por sufrir la mudanza de estado mínima*.

5. El tercer modo de acabarse la tutela es

por la *pubertad*. Los tutores se dan á los pupilos que *por causa de la edad, no pueden defenderse*. Cesa esta razon cuando tiene ya suficiente discernimiento, que es cuando llega á la pubertad, luego entonces concluye la tutela (1). Está ya fijada la edad de la pubertad en los hombre á los 14 años, i en las mujeres á los 12.

6. El quarto modo es, *cuando viene el dia, ó se cumple la condicion*. Este modo pertenece á la tutela testamentaria, pues solo en ella puede darse el tutor *en dia, bajo condicion*. §. 4. tít. 14., no el nombrado por el pretor, como se dijó en el mismo §. De aqui si el padre escribiese en

---

(1) *Tuvieron una gran disputa los antiguos sobre fijar el tiempo de la* pubertad. *Los* Proculeyanos *decian no podia haber otra regla mas que la inspeccion; por lo que reduciéndose tanto el uno como el otro secso á esta prueba, determinaban cuando eran ya púberos. Los* Sabinianos *afirmaban que llegando el hombre á los* 14 *años, i las mujeres á los* 12, *eran ya púberos. Pero Justiniano quitó toda disputa confirmando la opinion de los Sabinianos. Sin duda no entendió el Emperador la doctrina de los Proculeyanos,* pues *dice que* en su siglo era indecoroso i repugnante al pudor aquella inspeccion de cuerpo que juzgaban necesaria los Proculeyanos. *Mas estos nunca dijeron que debian ecsaminarse las partes de la jeneracion, sino solo el esterior del cuerpo; como p. e., si el hombre tenia ya barba, si la voz gruesa &c.*

el testamento, sea Ticio tutor dé mis hijos por cinco años, ó mientras no tenga hijos, concluyendose los 5 años, ó procreando, cesará la tutela, porque vino el dia, ó se cumplió la condicion.

7. El quinto modo es por la *escusa*, i el 6.º por la *remocion del tutor sospechoso*. Mas como estos dos modos son comunes á tutores i curadores, hai título separado á fin de este libro, en el que se trata de la materia.

8. Véamos ya que derechos incumben al tutor concluida la tutela. Debe en primer lugar dar cuentas, restituyendo con relijiosidad lo que pertenezca al menor, cobrándose de los bienes de este, si le es en deber. Todo el que administra bienes ajenos, está obligado á rendir cuentas, i el tutor no puede escusarse de darlas. Por derecho romano no se le podia obligar hasta que se acababa el tiempo de la tutoría, porque hasta entonces no concluia la administracion; si se resistia el menor, tenia la accion que se llamaba de *tutela*, la de *suspectis tutoribus*, i la de *rationibus distraendis*, que no deben confundirse. Se diferencian en el *tiempo* en que se entablan, i en el *fin* que se proponen en ella. La accion de *suspectis tutoribus* se instruye *durante la tutela*, si el tutor da marjen á sospechar de su administracion: la de *tutela*, cuando esta se concluye i no da cuentas; la de *rationibus distraendis*, cuando las cuentas son fraudulentas, ó sin recados justificativos. El *fin* á que se dirije la *primera* es á que sea *removido* el tutor; el de la *segunda* á que dé *cuentas*, i el de la *tercera* á que estas sean

lejítimas, i si sustrae alguna cosa, que la restituya con el duplo valor de la misma.

9. Obsérvese ademas que la accion de tutela es *directa* i *contraria*. Aquella se da al pupilo, despues que ha llegado á la pubertad, contra el tutor ó su heredero, para que rinda cuentas, i entregue lo que resulte á su favor; la *contraria* le compete al tutor contra el menor, finalizada la tutela, para que le abone lo que haya gastado en utilidad del mismo pupilo: v. g., si hubiese hecho impensas, recibido daño por causa de la tutela &c. Obsérvese tambien que la accion directa infama, esto es, si el tutor es condenado por haberse portado con dolo ó culpa lata durante el tiempo de su encargo.

10. Falta hablemos del uso que en el dia tenga lo espuesto. Todos los modos de concluirse la tutela, i de que se ha hecho mencion, se hallan en uso. Está recibida entre nosotros la *accion de tutela*; pero tiene de particular que, aunque concluye la tutela al llegar el pupilo á los 14 años, sinembargo casi siempre continúa el mismo tutor en la administracion del caudal del menor, hasta que cumple los 25 años, con el carácter de *curador*. Ha de atender á la educacion i alimentos de su pupilo, debiendo tasar el juez estos segun su arbitrio. Atendiendo á la calidad de los huérfanos i sus padres, estan obligados los tutores á destinarlos á artes, oficios, ó á servir á otros para alimentarlos i educarlos. Debe asimismo cuidar de los bienes del pupilo, conservando los edificios, labrando las tierras, i criando los ganados que hallare. No pueden enaje-

nar los bienes raices de sus pupilos, á no ser que intervenga decreto del juez. En seguridad de la administracion, estan obligados tambien los fiadores que dió, i sus herederos, con todos sus bienes. Ademas del derecho que tienen los tutores para que se les abone en las cuentas lo que justa i lejítimamente hayan gastado en beneficio i provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la decima parte de los frutos de los bienes de estos (1).

TITULO XXIII.

De los Curadores.

§. 1.º *Procurar* i *curar* son palabras sinónimas.
§. 2.º i 3.º Qué sea curatela, se esplica su definicion.
§. 4.º i 5.º Diferencia entre el *tutor*, i el *curador*.
§. 6.º De cuántas maneras es la curatela.
§. 7.º Se habla de la *primera* especie de curatela.
§. 8.º Se nombra curador á los *pródigos*.
§. 9.º En un principio no habia lei que obligase á los menores recibir curador.
§. 10.º Lei *Letoria*.

---

(1) *Sala lib. 1. tit. 7. nn. 14 i desde el 28 h. el 40 inclusive.*

1. Todo lo que hemos dicho hasta aqui pertenece unicamente á la tutela. Síguese ya hablar de la *curatela*. Curador i procurador, casi siempre son palabras sinónimas. *Procurar* i *curar* es lo mismo que administrar negocios ajenos, ó recibir para cuidar los bienes de otro. Con esta esplicacion se puede entender con facilidad la definicion de curador i de curatela.

2. Curatela es *potestad de administrar los bienes, i las cosas familiares de aquellos que no pueden cuidarlas*. Digo potestad, no *adquisitiva*, como la que tiene el padre en sus hijos, sino *directiva*, como la que compite á todos los administradores en las cosas ajenas. A la manera que èl tutor defiende la persona del pupilo, asi la curatela es *potestad de administrar las cosas ó los bienes.*

3. Añadimos *de aquel que no puede administrar sus cosas*. Los curadores se dan á los que son ya personas perfectas, esto es, á los púberos,

pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus bienes, como sucede á *los menores, furiosos, pródigos, acometidos de alguna enfermedad perpetua, ausentes* &c.

4. Esta definicion manifiesta con claridad la diferencia que hai entre tutores i curadores. El tutor se da en primer lugar á las personas, secundariamente á las cosas. El curador, por la inversa, se da primero á las cosas, secundariamente á las personas. Mas no siendo siempre los padres de familia capaces de desempeñar bien la administracion de sus cosas, se les nombra un curador que atienda á sus bienes, no sea que reciban detrimento, aun cuando secundariamente miren por la persona.

5. El tutor interpone su *autoridad*, porque como el pupilo es persona imperfecta, suplen lo que á aquel le hace falta; mas el curador, como no le falta nada al púbero, no interpone su autoridad, sino su *consentimiento*. Habiendo tutor no se puede dar otro, i asi cuando se suscita algun pleito entre el tutor i el pupilo, se nombra un curador *ad litem*, porque el tutor no podia ser actor en cosa propia §. 10. tít. 21.

6. La tutela se dividia en *testamentaria*, *lejítima*, i *dativa* §. 10. tít. 15.; mas la curatela es solo *lejítima*, i *dativa*: aquella se le encarga á los prócsimos agnados, ó cognados; esta se manda por el majistrado á otras personas. La *testamentaria* no tiene lugar, pues la lei de las doce Tablas permitia solo legar, ó disponer por testamento de sus cosas, no de la curatela de ellas. Parecia tambien absurdo, que el padre dispusie-

ra de la curatela, cuando el hijo podia hacer testamento; pues asi como la sustitucion pupilar cesa llegando el hijo á la pubertad, edad en que ya puede testar i constituir herederos, asi igualmente puede dar tutor hasta los 14 años, mas no curador. La lejítima compete por la lei á los prócsimos agnados, i se les nombra á los *furiosos* i *pródigos*. Dativa, la que se defiere por el majistrado, i se les nombra á los *menores*, *ausentes* ó *impedidos por alguna enfermedad*.

7. La *primera* especie de curatela lejítima es la de los furiosos. Las leyes de las doce Tablas habian establecido que á los furiosos se les nombrase por curadores á sus prócsimos agnados ó jentiles. Los que caian en furor se les nombraba por curador á su hermano, i en su defecto al pariente mas prócsimo, lo mismo que sucedia con la tutela lejítima. En el §. 4. tít. 22. observamos que por la novela 118 cap. 4.º no hai ya diferencia entre agnados i cognados. Aun cuando el majistrado por el derecho nuevo empezó á nombrar curadores á los furiosos, conociendo de la causa, sucedió esto, porque muchas veces personas estrañas se apoderaban de los bienes de los furiosos, bajo pretesto de ser sus prócsimos parientes; i en otras, á personas sanas le arrebatáron sus caudales alegando estaban furiosos, por lo que es necesario que el majistrado se cerciore primero si en efecto está loco, si es prócsimo pariente el que pretende la curatela, i si le es útil su nombramiento.

8. La *segunda* era la de los *pródigos*. Pues estos, lo mismo que los furiosos, estaban bajo cu-

ratela, equiparándose en los efectos civiles. Esta curatela procede de las Leyes de las doce Tablas, pues aunque no está espreso en ellas, por interpretacion estensiva la sacan los jurisconsultos. Se les nombraba curador á los furiosos, porque careciendo de razon, podian perder sus bienes; i sucediendo lo mismo á los pródigos, deben estar bajo curatela, *porque en donde hai una misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho*. Por pródigos se entienden aquellos que el pretor les ha intervenido sus bienes. Debia antes de declararlo por tal, ecsaminar su conducta i ver si dilapidaba el dinero, ó malbarataba su caudal (1).

9. Las especies de *curatela dativa* son en primer lugar la de los *menores*. De ninguna manera mandaba la lei de las doce Tablas se les diese curador á estos, por dos motivos. 1.º En el tiempo que se hizo la coleccion de dichas leyes estaban las costumbres mui ríjidas en Roma, de suerte que no solo los adultos observaban una vida frugal i sencilla, sino tambien los adoles-

---

(1) *Se usaba en este caso de una hermosa fórmula, que nos ha trasmitido i conservado Paulo.* Recep. Sert. l. 3. tít. 41. §. 7.º *Decia así:* A ti que desperdicias tanto los bienes paternos como los que has adquirido, esponiendo tus hijos á la mendicidad, te pongo interdicto á todos ellos i á los demas comerciables. *Recitada, era al punto puesto bajo la curatela de su prócsimo agnado ó jentil.*

centes, de tal manera que no necesitaban de curadores; lo que despues por la corrupcion fué necesario. 2.º Porque solo recibian curador los locos i pródigos, teniéndose la curatela por ignominiosa.

10. En los tiempos posteriores se pensó seriamente en socorrer á los menores, porque no teniendo conocimientos del mundo, eran engañados con demasiada frecuencia. Estableciose, pues, la lei *Letoria* i mandó: 1.º Que se tuvieran por mayores á los que cumpliesen 25 años. 2.º Introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum*, en gracia de los menores dañados en algun contrato ó negocio. 3.º Que los menores de 25 años, queriendo se les diese curador conociendo de la causa (1) aun no pareció estaban bastante consultados, pues no se les daba á todos curadores, sino solo á los que lo pedian, i con conocimiento de causa. Por esta razon el Emperador Antonino estableció por último que todos los adolecentes recibieran curador, aun sin conocimiento de causa, i desde este tiempo empezaron ya á tener todos los menores curador.

11. Esta constitucion de *Antonino* es causa de disputas entre los jurisconsultos, pues Justiniano espresamente dice que los menores no reciben invitados curador, sino solo en el caso que lo pidan debe dárseles. Sinembargo, puede suceder lo uno i lo otro. En efecto, no se les dá curador á los menores como no lo pidan, i

---

(1) *Invitados seria cosa ignominiosa.*

Antonino encontró el medio de obligar á que lo pidiesen, estableciendo no se les entregase la administracion de sus cosas, ni se creyesen fuera de la tutela, hasta que no pidiesen curador. Sí pues los jóvenes quieren verse libres de la tutela, cosa que todos desean, deben solicitar se les nombre curador (1).

12. Nombran curadores los mismos que dan tutores. Asi en un principio señalaban curadores en la ciudad el pretor con el mayor número de los tribunos del pueblo: en las provincias, los presidentes de ellas. Despues se les concedió á ciertos majistrados, segun vimos en el tít. 20. El que el tutor puede tambien ser curador, i por lo tanto los hijos de familia no hai dificultad ejerzan este encargo, como sean mayores de edad. Al que habia sido tutor no se le podia obligar continuase con la curatela; pues era incivil gravar al amigo con dos encargos, cuando bastaba uno. En el dia casi todos los tutores continuan siendo curadores, hasta que cumplen los menores 25 años.

13. *Se concluye la curatela* desapareciendo la causa que la motivó: asi, p. e., faltando la prodigalidad, la enfermedad, la menor edad

(1) *Solo habia tres casos en que los menores recibian un curador á pesar de ellos. 1.° Si alguno tenia pleito con un menor. 2.° Si un deudor queria hacer algun pago á su acreedor menor. 3.° Si el tutor queria dar cuentas de su tutela á su pupilo ya púbero.*

&c. cesaba la curatela de los pródigos, de los enfermos, de los menores; pues *cesando la causa cesa el efecto.* Por parte del curador se acaba la curatela: 1.º Por la *escusa*, como si prueba que tiene que ausentarse por causa de la república. 2.º Por la *remocion*, como si el curador, haciéndose indigno de la confianza pública, es removido como sospechoso. Mas sobre este particular tenemos un título separado, en el que se habla con estension de *los tutores sospechosos.*

14. Concluida la curatela, compete al que estuvo en ella la accion de *tutela* contra su curador, de la que hablamos en el §. 8. tít. 22. Dijimos que era *directa* i *útil.* Pues asi como el pupilo tiene accion para que su tutor le dé cuentas i le entregue lo que le pertenece; i el tutor contra el pupilo para que le indemnice de los gastos que hubiere hecho; asi concluida la curatela, tiene accion el menor contra su curador para que le dé cuentas i le entregue todos sus bienes; i el curador contra su menor para que lo reintegre.

15. Se llama *actor* al *curador* ó *tutor* que tiene encomendada la tutela ó curaduría. A la manera que el que no puede administrar ni en juicio ni fuera de él sus cosas, se las encomienda á un *procurador*; asi el tutor ó curador encarga sus veces á un *actor.* ¿Mas qué importa que lo llamemos procurador ó actor? Mucho, pues 1.º el procurador se hacia dueño del pleito, por lo que solo el señor podia constituirlo. Es asi que los tutores i curadores no son señores, sino administradores; luego no podian cons-

tituir procurador, sino actor. Se observa tambien la diferencia de que el señor constituye *procurador*; una universidad, *síndicos*; el tutor ó curador, *actor*. 2.° El procurador lejitima su personalidad, presentando el testimonio simple del *mandato del señor*; mas el actor necesita dos testimonios. En el 1.° ha de constar el mandato que se le da por el tutor ó curador, i por el 2.° el dicernimiento de la tutela ó curaduría.

16. Lo que dejamos dicho, casi todo se observa entre nosotros, fuera de mui pocas cosas. 1.° Entre los tutores i curadores no hai en el dia alguna diferencia; el que es tutor casi siempre continúa siendo curador. Pueden los mayores de 20 años pedir en el Consejo dispensa para poder administrar sus bienes, ofreciendo provar su idoneidad. Si el pretendiente es mayor de 18 años, puede obtener de la Cámara dispensa de 18 hasta 20, i con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida venia. No puede el curador ser dado en testamento; pero si lo fuere, i entendiere el juez ser útil al menor, débelo confirmar. Fenecida la curatela, está obligado el curador, lo mismo que el tutor, á dar cuenta buena i verdadera de su administracion, devolviendo al menor todos los bienes asi muebles como raices. Los curadores tienen derecho para que se les abone en cuenta lo que justa i lejítimamente hayan gastado en beneficio i provecho de los huérfanos, é igualmente percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos (1).

(2) *Sala tom.* 1. *tít.* 7. *nn.* 15, 16, 17, 39, 40.

TITULO XXIV.

De la fianza que deben dar los tutores i curadores.

1. Pasamos á lo que es comun á tutores i curadores; como es la *fianza*, la *escusa*, i la *sospecha*. Algunas veces se toma la *fianza* en sentido jeneral, en otras en especial; muchas en el estrictísimo. Jeneralmente se llama fianza á toda caucion, ya sea de fiadores, ya de prenda, ya de juramento, ya de nuda promision i en otras ocasiones se llama *idónea*. En este último sentido se toma el vocablo, i por lo tanto no pueden prestar alguna otra caucion los tutores i curadores,

sino la de *fiadores*, por dos motivos. 1.º Esta caucion es pretoriana, pues se ecsije por el pretor. Las cauciones pretorianas siempre se prestan dando fiador: luego se admiten solo fiadores. 2.º Es incierta la cantidad en que puede salir perjudicado el pupilo; por lo que si se diera una prenda en fianza que valiese mil duros, p. e., i el tutor saliese alcanzado en dos mil, quedaba perjudicado el menor en otros mil duros. Por lo tanto es necesario dé fiadores, que puedan precaver todo acontecimiento, prometiendo *indemnizar los perjuicios que pueda sufrir el pupilo.*

2. Las causas porque se inventó la fianza son: *Primera.* Aunque el tutor se da primeramente á la persona, con todo administra las cosas de su pupilo; el curador se da primero á las cosas, i secundariamente á la persona; i como la regla jeneral es, que los que administran cosas ajenas den cuentas i afiancen, de aquí no solo los administradores i procuradores de las cosas fiscales, sino tambien los colonos i aun usufructuarios, se les manda asegurar. Por lo tanto los tutores i curadores deben sin duda alguna afianzar. *Segunda.* Es en favor especial de los pupilos, i del interes de la sociedad. Importa á la república que los que están destituidos de todo aucsilio, tengan sus bienes bajo la seguridad i vijilancia de los majistrados. Esto no podria suceder, á no afianzar tanto los tutores, como los curadores.

3. Por cuanto no se le obliga á todo tutor ó curador á afianzar, es necesario ver los que estan obligados á ello. Regla jeneral. *Todo tutor ó curador en quien cabe sospecha, está obligado á*

afianzar. Debe el tutor ó curador dar caucion de que las cosas de los pupilos han de ser salvas; mas si no hai peligro, no presumiéndose del tutor ó curador, antes por el contrario se cree está el pupilo bastante consultado, cesa la obligacion de afianzar, pues *cesando la causa*, *cesa el efecto*. De aqui se ve que no afianza el *tutor testamentario*, porque está bastante garantizada su conducta, con la confianza que el padre puso en él al tiempo de nombrarlo tutor de sus hijos. Ni los *dados por los majistrados mayores*, porque estos no acostumbraban dar tutor sino con inquisicion. Se informaban antes de sus costumbres i circunstancias, i hallándolos dignos los nombraban: no cabia, por consecuencia, en ellos sospecha.

4. Por la inversa, deben afianzar: 1.º *todos los lejítimos*. Estos ni son elejidos por el testador, ni nombrados por el majistrado, sino son llamados inmediatamente por la lei, no porque sean mas dilijentes que otros, sino porque son parientes mas procsimos. Luego cabe en ellos sospecha, i tanta mas, cuanto son presuntos herederos del pupilo ó menor. 2.º *Los dados por los majistrados inferiores*. Estos como son nombrados sin inquisicion, i no se esplora su buena fé, cabe en ellos sospecha, por lo que deben dar caucion. 3.º *Los testamentarios, lejítimos i dativos*, que se ofrecen con instancia á desempeñar el cargo de tutor ó curador. Se presume que no se prestarian sino tubiesen la mira de lucrarse con la administracion, por lo que cabe en ellos sospechas, i deben por lo tanto afianzar.

5. Cuando son nombrados muchos tutores por testamento, ó hai varios parientes en el mismo grado, i todos son llamados á la tutela, establecieron en este caso varias reglas los jurisconsultos para que no entrasen todos en la administracion, en cuyo caso reportarian muchos perjuicios los pupilos. Si la tutela es de consideracion, esto es, hai un vasto caudal que administrar, i está en diversas partes, pueden entrar en la tutela todos, con tal que unos se hagan cargo de los bienes que hai en una rejion, i otros en otra. Si es corta la tutela, á uno solo se le desiere el cargo, debiendo ser preferido el que primero se ofrece, estando obligado hasta la culpa levísima (1). Si ninguno se ofrece, entra en la administracion el que primero nombró el testador, por cuanto designa sin duda al que le mereció mayor fé i delicadeza. No habiendo alguno designado, entraba el que se elejía entre todos. No elijiéndolo, el pretor interponia su oficio noble, i señalaba al que mejor le parecia.

6. Hemos dicho que los tutores deben afianzar, dando fiadores. La fianza era una especie de estipulacion: debia uno preguntar: *¿prometes tu fé de que han de ser salvas las cosas del pupilo?* Respondia: *prometo mi fé*. El fiador debia contestar de este modo; mas con el que habia de preguntar ocurren varias dudas, pues cuando el pupilo era mayor de 7 años, podia mui bien ecsijir la respuesta, porque, estipulando á su favor, no necesitaba de la autoridad

---

(1) *Véase el libro 3. título 14. al fin.*

de su tutor. §. 7. tít. 21. Pero siendo menor de 7 años, ¿quién deberia hacerlo? El tutor no, pues no lo habia antes de la estipulacion, menos el majistrado, ó agnado, porque ninguno podia estipular por otro. En este caso debia preguntar por un pupilo un esclavo; pues estos podian estipular por sus amos. Si no tenia esclavo, debia hacer la pregunta un siervo público, i en este caso se decia que *sastidaba.*

7. Veamos el efecto de la fianza que dan los tutores. No es otro, sino de que finalizada la tutela tienen tres acciones, para conseguir se les entreguen sus bienes. *Primera.* La de *tutela* que instituye el pupilo contra su tutor, para que le dé cuentas, i le restituya su patrimonio. *Segunda.* Si con esta accion no adquiere sus bienes, puede entablar la de la *estipulacion* contra los fiadores para que le resarzan los daños que le haya causado el tutor por estar éste insolvente. *Tercera.* Si ni los fiadores cubren el adeudo, porque carecen de responsabilidad, entonces los majistrados estan obligados á subsanar el perjuicio, por la razon de haber admitido por fiadores á personas no idóneas, i asi puede repetir contra ellos la accion *subsidiaria.*

8. Nó solo se da contra las personas, sino tambien contra los herederos de estas, si intervino culpa lata; nó contra el sucesor singular, para que resarzan todos los daños i perjuicios. Mas esta accion es muy rara, i no se debe esperar de ella todo el resultado que se propongan. 1.º Siempre hai presuncion de dilijencia á favor del majistrado hasta que no se prueba lo contrario,

lo que es muy difícil. 2.° Se libra de toda responsabilidad el juez, si justifica que en el tiempo de la fianza eran buenos los fiadores, pues aunque despues viniesen á pobreza, las cosas continjentes no se prestan por el majistrado. Jeneralmente la práctica i prudencia dicta que es mui peligroso pleitear con la justicia.

9. Por nuestro derecho está obligado todo tutor, aun la madre, á dar fianza; i contra ellos, malversándose en la administracion, tienen las acciones que dejamos espuestas. Cuando todos los majistrados que pueden dar tutor, los nombran, debe ser preferido el que nombraron primero; i no apareciendo éste, el dado por el juez del domicilio. Si son muchos los tutores ó curadores nombrados por el testamento, ó llamados por la lei, i se levantare desacuerdo entre los mismos, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar i obligarse á cumplir por todos; i si no, que lo haga alguno de ellos: i si se conviniesen en esto, debe el juez recibir la fianza. Si todos se prestasen, debe el juez encomendar la tutela al que entendiere lo hará mejor, i será mas provechoso al huérfano. Si el testador espresó cual de los que nombraba queria que administrase, deberá ser este preferido á todos. Si no se conviniesen, que uno solo administre, pidiendo que la tutela se divida por rejiones, i deberán ser oidos (1).

---

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 1. *tit.* 7. *nú.* 12, 13, 29, 30, 31, 39.

TITULO XXV.

De las escusas de los tutores i curadores.

1. Fuera de la *fianza*, es comun á tutores i curadores la *escusa*, i se les concede á unos i otros; porque siendo una carga pública, ha habido siempre privilejiados que han estado esentos de ella, como sucede á los *soldados*: otros han disfrutado de *vacaciones*, como los ancianos, legados, veteranos &c.: otros se han *escusado*, asistiéndoles justa causa, como tener cierto número de hijos. De aqui en el primer libro del *Dijesto* hai un título con el epígrafe de la *inmunidad*, *vacacion i escusa de las cargas públicas*. Asi como se escusaban de los demas cargos públicos por justas i lejítimas causas, asi igualmente de la administracion de la tutela i curaduría.

2. El verbo *escusar*, significa una cosa en sentido gramatical; otro le dan los jurisconsultos. Segun la gramática toma orijen escusar de *causa*, que es lo mismo que *alegar causa para no recibir la carga*. Mas los jurisconsultos entienden por escusar, *no solo espresar causa grave para libertarse de la carga ya recibida, sino tambien para que no se admita la que se encomienda*. A los que admite el pretor, aun cuando pretendan la tutela, dicen sinembargo los jurisconsultos que

se escusan : luego escusar entre estos es lo mismo que alegar causa para no recibir la carga, ó prohibir que se reciba.

3. Con esto podemos fácilmente entender de cuantas maneras sea la escusa de los tutores i curadores. Se dividen en *voluntarias* que alegadas aprovechan; v. g., el número de hijos, i en *necesarias*, que aunque no se opongan aprovechan, v. g. tener pleitos con el pupilo, pues si le consta al pretor, no admite al tutor aun cuando pretenda la tutela. Las causas voluntarias, ó son por *privilejio*, ó por *impotencia*, ó *por estimarse peligro.*

4. Se escusan por *privilejio* : 1.° los que tienen muchos hijos. El que en Roma tenia 3 hijos, ó en Italia 4, ó en las provincias 5, como fuesen *naturales*, no adoptivos; *lejítimos*, no espúreos; *nacidos*, no por nacer; *vivos*, ó muertos en la guerra, no de otro modo, pues los que morian por la patria, vivian perpetuamente en la memoria de sus conciudadanos, estaban escentos del cargo de tutor ó curador.

5. Por privilejio se escusan: 2.° los que *administran las cosas fiscales*, por gracia especial que concedió Marco Aurelio, respondiendo en las juntas que se llamaban *semestrales* (1), ó *las*

---

(1) *Las asambleas* semestrales, *eran consejos privados del Príncipe, compuestos de un cierto número de senadores elejidos por suerte, i se mudaban de seis en seis meses; se decidian en ellos los negocios que los príncipes juzgaban á propósito*

del patrimonio del príncipe, ó *las contribuciones ó gabelas i alcabalas.* Para entender esto, se ha de observar que en aquellos tiempos habia tres clases de bienes públicos, como sucede entre nosotros. 1.º Habia *erario* al que pertenecian todas las cosas, cuyo dominio era de la república, i tambien lo que se ecsijia para la conservacion de la misma república, como los tributos, alcabalas &c. En 2.º lugar habia *fisco*, que era del Príncipe como Príncipe, i se le designaba por la república para los gastos de su casa, criados &c.: consistia en los bienes que se declaraban por mostrencos. 3.º El *patrimonio del Príncipe*, que poseia como cualquiera otro particular, v. g. los bienes heredados de sus antepasados, ó sean patrimoniales, ó que compraba con su propio dinero. Cualquiera que administraba alguno de estos bienes, esto es, ó del erario, ó del fisco, ó del patrimonio del Príncipe, gozaba del privilejio de escusarse de la tutela.

6. Hai quien afirme que esta escusa es *necesaria*, por cuanto los bienes de los administradores están especialmente hipotecados á la responsabilidad de su empleo; por lo tanto no le compete al pupilo en ellos tácita hipoteca; de aqui no se les podia conceder la tutela aunque la pretendiesen. Mas esta razon será bastante en el dia, no en tiempo de Justiniano, pues en el §. 1.º

---

poner á su consulta, i lo resultivo de estas juntas tenia la misma fuerza que los decretos del Senado.

Inst. h. t., dice espresamente que pueden escusarse *si quisieren.*

7. Igual privilejio tienen, 3.°, los ausentes por causa de la república, como eran los *legados del pueblo romano*, *majistrados provinciales*, *soldados* &c. Se ha de distinguir entre la tutela ya recibida, i la que se ha de recibir. De la que se le nombra se libertan no solo durante la ausencia, sino tambien por todo un año despues que cumplieron con su ministerio. Recibida la tutela, solo mientras están ausentes i en el entretanto se nombra un curador; mas conforme vuelven, son obligados á continuar, á no ser que la mision haya sido para ultramar, en cuyo caso son depuestos de ella.

8. Cesa este privilejio: 1.° finalizado el oficio, mientras que por su gusto andan viendo nuevas tierras, ó como nosotros llamamos *corriendo cortes*. 2.° Si aunque se ausentaban con cargo de la república, lo obtenian para su conveniencia. Acostumbraban los antiguos, cuando tenian que ir á alguna provincia remota para asuntos propios, impetrar *libre legacion*, i entonces revestidos con esta dignidad hacian el viaje con menos gasto i mas comodidad. Estos no gozaban del privilejio.

9. Por una gracia igual se escusan los *majistrados*; no todos, sino los que tenian derecho de prohibir, como cónsules, pretores, censores, dictádores, prefecto de la ciudad i del pretorio; no los ediles, mucho menos los cuestores i demas ministros que se refieren en la lei 2. §. 29. *seq. ff. de O. J.* Despues se amplió el

privilejio á los demas majistrados, pues el Dunvirato en los municipios escusaba en tiempo de Modestino, que vivió en el siglo de Alejandro Severo.

10. Se escusan: 1.° los *literatos*, como *retóricos*, *filósofos*, *médicos* i *jurisconsultos*; pero no todos, ni siempre, sino es necesario que esten profesando estas ciencias, que sean del número en la parte que asi esté determinado, que enseñen en la patria &c.; Empero acerca de estos privilejios ha de tenerse presente la regla jeneral, que *el privilejiado contra otro privilejiado como él, no goza del privilejio*, por lo que no se escusará el militar, el profesor, el administrador del fisco &c., si el pupilo es hijo de un militar, de un profesor, de un administrador &c.

11. 2.° Por *impotencia* se escusan todos los que no son idóneos para administrar la tutela, con tal que en cuanto á lo demas sean varones buenos i honestos; si otros impedimentos tuviese, entonces la escusa seria *necesaria*, i aun cuando quisiesen administrarla, no se les concederia. Tales causas son primeramente tener ya á su cargo tres tutelas. Debe observarse que se han de computar las tutelas en una misma casa, pues si p. e. se tiene la tutela de cuatro hermanos, como que no hai que rendir sino una sola cuenta, no se reputa sino por una sola. Por lo jeneral no se atiende al número de tutelas, sino á los cuidados que preste, pues si una es mui difusa, bastaria ella solo; mas si las tres son de poco momento, se les encargará sin duda

la cuarta i aun la quinta. Tampoco tendrá lugar la escusa, si los pupilos estan prócsimos á la pubertad, como si les faltasen seis meses para llegar á los 14 años. Escusan aun menos las tutelas honorarias, esto es, las que no traen algun trabajo su administracion.

12. La *pobreza* escusa tambien, i de tal modo, que si fuesen obligados á recibir la tutela, no se le puede prohibir ocupe el tiempo en buscarse la subsistencia i vestido. En un principio era escusa *voluntaria*; mas en el dia es *necesaria*, porque como no tienen nada que perder, i por otro lado carezcan aun de las cosas precisas, puede caer en ellos sospecha de que con la administracion van á hacer su suerte, i quedar perjudicados los menores.

13. Se escusan por *impotencia* los *enfermos*, no de cualquier mal, sino es necesario que sea *crónico*, que les imposibilite administrar sus cosas, pues en este caso mucho menos podrán administrar las ajenas. Igualmente los *ignorantes*, esto es, los que ni saben contar ni leer. Sinembargo, serán admitidos á ella, como la tutela no dé mucho cuidado, i sean hombres prudentes.

14. Se escusan igualmente por impotencia los *septuajenarios*, porque ya en esta edad deben descansar i estar libres de toda carga pública. Por último, la *enemistad* con el padre del pupilo escusa de la tutela siempre que se alegue (1).

---

(1) *Habrá quien crea se opone esto á la pie-*

15. Hemos visto ya las causas voluntarias que libran de la tutela ó curatela si se alegan. Siguen las *necesarias*, que, aunque no se opongan, la prohiben. Todo hombre inepto es inútil para administrar los negocios de otros; por lo que no se admite á los furiosos, dementes, sordo-mudos &c.: estos son dados por testamento, no son removidos de la tutela, sino entretanto se da un curador hasta que cesa el impedimento. De aqui los menores dados por testamento, no entran en la administracion de la tutela, hasta no cumplir 25 años. Este mismo jénero de escusa tienen los *soldados*, pues aunque quieran no pueden constituirse en cuidados ajenos, no sea que se distraigan de sus principales obligaciones.

16. Escusa tambien *tener pleito con el pupilo*, no solo presente, sino aun futuro, de modo que si el tutor fuese dado, i se hiciese cargo de la tutela ocultando el impedimento, puede ser removido de ella como sospechoso. Escusa igual-

---

dad cristiana, cuando prescribe perdonemos de todo corazon á nuestros enemigos. Mas Vinnio *nota con mucha sabiduria, que si se concede este privilejio, es consultando la delicadeza de los tutores; pues si fuesen obligados á recibir la tutela, fácilmente se podria sospechar de ellos, i la maledicencia no los perdonaria al cometer el mas leve descuido; así para evitar todo jénero de murmuracion, i que no piensen mal del tutor, se les concede la gracia, quedando á su arbitrio alegarla.*

mente el *sacerdocio* i *monacato*, aunque quieran ser en efecto tutores. Por último, el *marido* se escusaba de la *curatela de su mujer* menor, pues habia peligro de que haciéndose tutor en cosa propia, ó persuadiendo á su consorte, sufriria detrimento en los bienes que aportaba al matrimonio, con lo que se perjudicaria.

17. Las causas que hasta aqui hemos referido son comunes á tutores i curadores; sinembargo los primeros tienen una, propia solo de ellos; pues el que ha sido tutor no se le puede obligar siga en la curatela de su pupilo. Basta que el amigo sea una vez incomodado, i no dos veces gravado con semejante carga. Esceptúase el liberto, que nombrado tutor por su patrono, está en la obligacion de continuar en la curatela. Tanta era la piedad i reverencia que por las antiguas leyes se ecsijia á los libertos, pues por muchas obligaciones que se les impusiese, parecian mui leves en comparacion del grandísimo beneficio que se les habia hecho concediéndoles la libertad.

18. Referidas las causas de las escusas, falta ver el *modo* de proponerlas. Antes ha de saberse que los tutores dados se estiman tales tutores, i desde el dia de su nombramiento hasta que recae sentencia sobre la escusa que propongan, les pertenece todo el peligro, esto es, responden de cualquier daño que esperimente el huérfano en su persona ó bienes. En efecto, no pudiéndose preveer si la escusa que se alega ha de justificarse durante el tiempo probatorio, se estiman por verdaderos tutores i curadores, hasta que el auto que recaiga rectifique lo suficien-

te de la escusa, ó si debe continuar. Si, pues, es tenido por tutor, le pertenece todo el peligro. Para librarse de la responsabilidad, al momento que se le notifique la eleccion que de él se ha hecho, debe aceptar el cargo, con la protesta de que le reciben salvo el derecho que les asista para escusarse, no sea que durante el pleito se distraigan algunos bienes del huérfano (1).

19. Deben proponerse las escusas, estando el tutor ó curador en el mismo lugar en que es dado, ó á distancia de 100 millas, dentro de 30 dias, que deben contarse desde el en que el tutor supo el nombramiento. Se daban, pues, estos 30 dias á los que vivian en Roma, ó estaban en el radio que comprendia la distancia de 100 tiros de piedra. Si estaban fuera, se les concedia anduviese cada dia 20 millas, i ademas 30 dias para que propusiese la escusa, de modo que computando los dias del camino i los 30, compusiesen 50 dias. Desde el en que empezaron á contarse los 50 hasta cumplir 4 meses, se ha de decidir el pleito sobre si debe valer ó no la escusa.

20. Por lo que respecta al derecho de Es-

---

(1) Las escusas deben proponerse como por via de escepcion. Asi como pueden ponerse muchas escepciones en todo pleito antes de la contestacion de la demanda, asi pueden alegarse ó una ó muchas causas tan luego como se hace saber el nombramiento de tutor ó curador; mas será útil poner 1.° una; i si aquella no sirve, otra, i despues otra, si las tiene &c.

paña, ademas de lo que dejamos dicho en los titulos anteriores, tenemos que las *mujeres* no pueden ser tutores, a escepcion de la madre i abuela, que directamente desempeñan las de sus hijos ó nietos huérfanos, en los términos que dejamos esplicado en el §. 6. tít. 13. Igualmente lo estan los *obispos* i *monjes*. Los *sacerdotes* i demas *clérigos seculares* pueden serlo de sus parientes, con la particularidad de que es preciso vayan dentro de 4 meses contados desde el dia que supieron la muerte de su pariente, que dejó hijos sin guardador, i decir quieren serlo de los hijos de estos. Como la tutela ó curaduría es un oficio que se considera público, necesitan de justa causa los que quieren escusarse de administrarla, como tener 5 hijos naturales i lejítimos vivos, contándose entre estos los que perecieron en batalla en servicio de Dios i del Rei.

21. El tiempo para proponer la escusa es el mismo, i en los mismos términos que lo hizo el derecho romano. Puede acusar al guardador por sospechoso cada uno del pueblo, estando precisamente obligado á hacerlo la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió, i jeneralmente hablando, sus parientes dentro del cuarto grado. El mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor, lo podrá hacer con consejo de sus parientes. El juez de oficio puede tambien remover el guardador, aunque ninguno lo acuse, si viere ó entendiere que era sospechoso; debiendo dar el juez á otro hombre bueno i fiel la guarda del mozo i de sus bienes, hasta

que el pleito sea acabado. I si el guardador es removido por engaño que hubiese hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, i pagará el daño que hizo á arbitrio del juez. Mas si no es reconocido por engaño, sino por pereza i haber cuidado mal, no queda infame (1).

TITULO XXVI.

De los tutores i curadores sospechosos.

1. Este último título debe unirse á los ante-

---

(1) *Sala tom. 1. tit. 7. nn. 4, 7, i desde el 18 al 27.*

riores, porque la *remocion* de los tutores sospechosos es modo de finalizar la tutela, lo mismo que la escusa. Se trata ademas de la accion singular que llamamos *de los tutores sospechosos*, i la produce el crímen de los que por su conducta dan marjen á que se desconfie de ellos. De qué modo se diferencia esta accion de las otras que toman su oríjen de la tutela, queda esplicado en el *título* 22, pues la *accion de los tutores sospechosos* puede constituirse en todo tiempo, ya sea antes de recibir la tutela, ya sea despues de recibida; mas la accion de tutela solamente, finalizada ésta, no habiendo dado cuentas. La de *distraendis rationibus*, solo cuando las cuentas no se justifican con los correspondientes documentos.

2. Se llama tutor sospechoso todo aquel que no desempeña el cargo, con buena fé, sino con dolo malo ó culpa, ya tenga con que responder, ya sea insolvente. Asi como solo la pobreza no influye sospecha en el individuo, como por otro lado sea varon bueno i dilijente, asi las riquezas no libertan de sospechas. Quizás se creerá no puede recaer sospecha en el tutor rico, aun cuando palpablemente se vea está dañando con su administracion al pupilo, por cuanto tiene con que resarcir todo perjuicio ó daño; mas los jurisconsultos raciocinan de otro modo, pues tienen por mácsima que *es mejor desde el principio conservar intacto el derecho que quebrantado remediarlo*: ó lo que es lo mismo, *que es mejor prever el delito, que castigarlo despues de cometido*. De aqui fácilmente aparece qué sea crí-

men de sospecha: *toda acusacion cuasi pública que se dirija contra el tutor ó curador que no se porta con fidelidad, para que sea removido ó separado, i á veces castigado con pena estraordinaria, si el delito es tan grave, que la merezca*: v. g., si atenta contra la vida del pupilo; esta acusacion procede de las *Leyes de las doce Tablas*.

3. Con estos antecedentes podemos comprender qué personas pueden acusar á los tutores sospechosos. Por cuanto esta acusacion es como pública, segun se dijo en la definicion, cualquiera puede instituirla. No se dice que es cuasi pública porque ataque directamente el réjimen i disciplina pública, pues la malicia del tutor no tiende tanto á la seguridad de la república, como á los bienes del pupilo, por lo que mas bien pertenece á los delitos privados que á los públicos; no menos obtiene este nombre porque se instituya la accion criminalmente en juicio público; (mas bien se trata ante el pretor, que no goza del mero imperio, sino solo de jurisdiccion civil;) sino toma este nombre, porque cada uno del pueblo, aun cuando aparezca que no le interesa, puede entablar la acusacion. De aqui no se dice sea *pùblica*, sino *cuasi-pública*, asi como se dan *cuasi-contratos*, *cuasi-delitos* &c., cuyas locuciones fueron inventadas por los estóicos.

4. Pueden pues acusar al tutor sospechoso todos, aun aquellas personas que mayormente no tienen interes; mas sí la tiene la república, que le importa mui mucho sean salvas las cosas de los pupilos; por lo que hasta á las mujeres se les ad-

mite la acusacion, no pudiendo hacerlo en otras ocasiones. En favor de los pupilos está esceptuada la regla, con tal que la acusadora no falte al pudor propio de su secso, esto es, movidas solo de piedad. Ha de observarse tambien, que hai ciertas personas que estan obligadas á acusar al tutor que se hace sospechoso, de tal modo que á no hacerlo incurren en cierta pena. Tales son los *contutores*, que si no acusan al tutor que se porta mal en su encargo, son responsables de los daños que se le irroguen. Los *libertos*, que por la reverencia que debian á la memoria de su patrono, estaban obligados á celar la conducta del tutor que se nombraba á los hijos de su bienhechor. Las personas que tenian parentesco inmediato con los pupilos, obteniendo el primer lugar la madre.

5. El pupilo no podia acusar, porque los impúberos no tenian personalidad en juicio, i ni por ellos, ni por otros se les admitia peticion alguna; ni aun los púberos, á no ser mayores de 17 años, pues pasando de esta edad, podian reclamar el perjuicio que por el curador se les estuviese causando; pero necesitaban del consejo de sus parientes. Finalmente de *oficio* puede el *majistrado* inquirir de las costumbres del tutor, aunque ninguno acuse, lo que es cosa singular.

6. Vimos qué personas podian acusar á los sospechosos; falta esplicar quienes sean estos. Segun la definicion, todos los que no se portan con fidelidad i delicadeza propia de su ministerio, ya sean testamentarios, ya lejitimos, ya dativos. No importa que ofrezca fianza el sospechoso, por la razon que apuntamos, §. 2.º porque es mejor,

como dijimos, desde un principio hacer se conserve el derecho intacto, que no quebrantado remediarlo. Aun cuando esto sea cierto, con todo no son removidos con tanta facilidad los tutores lejítimos. Son parientes prócsimos del pupilo, i si se les remueve por sospechosos, incurren en infamia, recayendo, por consecuencia, tambien sobre el mismo pupilo; como sucederia si su madre, tio, ó algun otro pariente cercano, por su mala administracion fuese removido. Lo mismo decimos con respecto al patrono tutor de su liberto, i con mayor razon del padre que ejerce este cargo con su hijo emancipado. En todos estos casos no se remueve el tutor lejítimo, sino se nombra un curador para que administre la tutela.

7. Vimos contra quien se entabla esta acusacion; síguese saber para qué sirve. Segun nuestra definicion §. 2.° ordinariamente para la remocion; algunas veces, por caso estraordinario, á que sea castigado el tutor ó curador en su misma persona, si llega, p. e. su malicia al estremo, de que sea necesario correjirlo. De uno i otro caso hablarémos. Se dá *o dinariamente* para que sea removido. Cuando esto sucede, ha de observarse, que entablada la acusacion, se le *suspende* de la administracion. No son *removidos* al instante, (pues esta es una pena, i es preciso antes justificar el crimen), sino se les *suspende*, ó lo que es lo mismo, se les prohibe la administracion mientras se prueba la acusacion. De aqui es preciso conocer de la causa, i si aparece que no ha faltado á la buena fé, se le vuelve á encargar la administracion de los bienes, dejándoles salvo su

derecho para repetirlo contra los que los calumniaron.

8. Si por el contrario se prueba su malversacion, entonces se les *remueve* unas veces con *infamia*, otras sin ella. Con *infamia*, si se les condena por su dolo ó culpa lata, pues en estos casos la culpa lata se equipara al dolo. Sin infamia, si solo son removidos por culpa leve. Otras veces ni por dolo, ni por culpa, sino por su contumacia, se les aparta de la administracion, en cuyo caso, ni se les removia, ni recaian en infamia; sino se ponia al pupilo en posesion de sus bienes, como sucede cuando no señalan alimentos al huérfano.

9. Otras veces era el tutor enviado al prefecto de Roma para que lo castigase corporalmente (1). Sucedia esto por cuatro motivos. 1.° Cuando sostenia falsamente delante del majistrado que no podia alimentar á su pupilo, bajo el pretesto de no tener bienes con que hacerlo. 2.° Cuando daba dinero para ser tutor, pues el que compra una tutela, se presume compra la carga para

---

(1) La razon porque el pretor no castigaba al tutor en estos casos, era porque pertenecia á las atribuciones del prefecto el conocimiento i castigo de los crímenes. Esto mismo se observa en el dia, siempre que hai dos jueces, correspondiendo al uno el conocimiento de los negocios civiles, i al otro los criminales; pues cuando hai que castigar á algun delincuente por incidencia en asunto que conocia el juez civil, debe remitirlo para el efecto al que ejerce la jurisdiccion criminal.

aprovecharse de ella, con la mira de arruinar á su pupilo. 3.º Cuando un liberto prevaricaba en la tutela de los hijos de su patrono, porque les debia al mismo tiempo los deberes de un tutor, i el de un liberto hacia los hijos de su antiguo amo. 4.º Cuando ponia asechanzas á la vida del huérfano (1)

10. Por cuanto es cosa odiosa la acusacion, debe restrinjirse en algunos casos. No procede ó espira: 1.º cuando muere el tutor, como aun no se haya pronunciado sentencia. Es la razon, porque este juicio se da para remover con *infamia*, i por lo tanto á imposicion de pena. El muerto no puede removerse, ni caer en infamia,

---

(1) *Nótese que la suspension aun puede tener lugar en otras causas. En efecto, siempre que se instituye alguna acusacion contra persona que desempeña oficio público, al momento se le suspende hasta que pruebe su inocencia; pues seria mui reparable, p. e., siguiese un ministro de Dios ejerciendo su ministerio, hallándose acusado de adulterio, ó de otro crimen feo i escandaloso. Hemos dicho que al* momento *se le suspende del* oficio. *Es la suspension de dos maneras:* ó del oficio *cuando retiene el salario el acusado, i cesa en el ejercicio de sus funciones, ó del* beneficio, *cuando se le retiene una cosa i otra. La* pimera *tiene lugar mientras se ventila la acusacion; la segunda, cuando se prueba esta, i se le castiga por este medio, que equivale á una pena corporal, como la de presidio ó trabajos públicos.*

ni ser castigado. Quizás alguno creerá que es útil al pupilo que el tutor muerto le resarza el daño que le ocasionó; pero puede obtener el resarcimiento con la accion de *tutela*, que entablada contra los herederos del tutor i sus fiadores, quedará cubierto de su crédito, i no infamará la memoria del que fue su tutor ó curador. 2.º *Finalizada la tutela antes de la sentencia*, ¿cómo puede ser removido con infamia, cuando ya no ejerce el cargo? Con todo, no se le prohibe al pupilo, finalizada la tutela, instituir la accion de *tutela* contra este hombre, para que le resarza todos los daños i perjuicios que le haya ocasionado con su dolo, culpa lata ó leve. Esta accion compete aun en el caso de que se haya concluido la tutela, como esplicamos en el §. 7. tít. 24.

11. No queda ya mas que esponer el uso que en el dia tenga lo esplicado hasta aqui. Antiguamente fueron mui frecuentes las acusaciones con respecto á los tutores sospechosos; i Ulpiano (1) observa que ya en sus dias eran mui raras. La razon no fue otra, sino porque los majistrados mas bien de oficio vijilaban acerca de la conducta de los tutores, que por acusacion proceder contra ellos ó sus fiadores. Por lo que respecta al derecho de España, está todo lo espuesto conforme á nuestra lejislacion, añadiendo la lei de *Partida lei* 1. *tit*, 18. *P* 6., que deben ser removidos los tutores en los siguientes casos. 1.ª

---

(1) *Floreció en tiempo de Severo i Caracala.*

Cuando hubiese sido guardador de otro huérfafano, ó hubiese procurado mal los bienes de él. 2.º Si le hubiese mostrado malas maneras. 3.º Si, despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo, ó de sus parientes. 4.º Si dijese delante del juez que no tenia que dar de comer al mozo, i hallasen que dice mentira. 5.º Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. 6.º Si no lo amparase á él i á sus bienes en juicio ó fuera de juicio. 7.º Si se escondiese ó no quisiese parecer cuando supiese que le habian dado guardador del huerfano (1).

FIN DEL TOMO I.

---

(1) *Sala tom.* 1. *lib.* 1. *tit.* 7. *nn.* 25, 26, *i* 27.

INDICE.

Páginas.

SE ADMITEN SUSCRICIONES EN LAS LIBRERÍAS SIGUIENTES

Alcalá de Henares *Amigo.*
Antequera.. *Gallardo.*
Badajoz.... *Carrillo.*
Barcelona... *Piferrer.*
Bilbao...... *García.*
Burgos..... *Villanueva.*
Cáceres..... *Burgos.*
Cadiz....... *[illegible]*
Canarias.... *[illegible]*
Cartagena... *Benedicto.*
Cervera.... *[illegible]*
Córdoba.... *[illegible]*
[illegible] ..... *[illegible]*
[illegible] ..... *[illegible]*
Ferrol. *Sanz [illegible]*
Granada.... *[illegible]*
[illegible] ..... *[illegible]*
[illegible] .....
Jerez de la F. *Portillo.*
Madrid.. ... *[illegible]*
Málaga.... *Quincoces.*
Mallorca ... *[illegible]*
Murcia..... *Benedicto.*
Oñate.......
Osuna....... *[illegible]*
Oviedo. *Longoria i Acebal.*
Pamplona... *Longa.*
Salamanca.. *Blanco.*
S. Fernando *Segovia.*
S. Sebastian *Baroja.*
Santiago..... *[illegible]*
Sevilla....... *Caro [illegible]*
Tarragona.. *[illegible]*
Toledo....... *[illegible]*
Valencia .... *Cabrerizo.*
Valladolid.. *Roldan*
Vitoria...... *[illegible]*
Zaragoza.... *Pardo.*

ADVERTENCIA

El precio de cada tomo para los Sres. [illegible] será de 10 reales vellon, i para los de fuera de esta ciudad [illegible] por razon de porte. [illegible] 12 [illegible] En la [illegible] de plata de veinte i un cuartos.

Al fin del último tomo se pondrá la lista de los Sres. suscritores.

RECITACIONES DEL DERECHO CIVIL ROMANO T. I

colorchecker CLASSIC

calibrite

mm